This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

056 943 871

Digitized by Google

130

B.P. Mar 1922

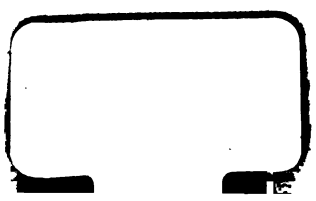
HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY

OF

HEINRICH LAMMASCH

Received May 25, 1922.



Digitized by Google

Das Unternehmen

als Gegenstand des Rechtsverkehrs.

Von

Dr. Oskar Pisko.

Wien, 1907.
Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
I., Kohlmarkt 20.

Digitized by Google

Alle Rechte vorbehalten.

MAY 25 1922

Buchdruckerei der Manzschen k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung
in Wien.

Digitized by Google

Vorwort.

Der Versuch einer Behandlung des den Gegenstand vorliegender Schrift bildenden Problems führt auf ein keineswegs unbebautes Arbeitsfeld. Die einschlägige Literatur des deutschen Rechtes beschränkt sich freilich — von gelegentlichen kurzen, in den Lehrbüchern des bürgerlichen Rechtes enthaltenen Bemerkungen abgesehen — auf die Erörterung der von der Übertragung des Handelsgeschäftes handelnden Bestimmungen des Handelsgesetzbuches; dagegen wurde in der österreichischen Literatur der verschiedensten Rechtsgebiete ganz allgemein zu dem Probleme des Unternehmens als Verkehrs- und Rechtsobjekt eingehend Stellung genommen.

Ein reiches und wertvolles Material bieten insbesondere die Werke jener Schriftsteller, die auf Grund der Bestimmungen der neuen Exekutionsordnung, die in Anerkennung einer in Österreich längst geübten Praxis das Unternehmen in die Reihe der Exekutionsobjekte einführen, die Exekution auf dieses Vermögensobjekt zum Gegenstande wissenschaftlicher Betrachtung machten. Ziemlich gering ist hingegen die Ausbeute, die das Studium der Judikatur für die Zwecke dieser Abhandlung ergibt. Man kann sogar in der Rechtsprechung eine gewisse Neigung, dem Unternehmen die Anerkennung als Rechtsobjekt zu versagen. Diese Neigung bemerkt deutlich erkennen. man — wie im Laufe der Darstellung noch gezeigt werden wird — insbesondere in der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, aber auch in mehreren Entscheidungen deutscher und österreichischer Gerichte. Der Grund, der die Spruchpraxis veranlaßt, mit der Verwertung eines in der Gesetzgebung zweifellos anerkannten Rechtsbegriffes so sparsam zu sein, ihr oft geflissentlich aus dem Wege zu gehen, liegt offenbar darin, daß es an einer scharfen und klaren, der Praxis eine feste und sichere Grundlage bietenden Abgrenzung dieses Begriffes fehlt; es scheint auch, daß eine solche in dem Maße, wie es bei den anderen der Wissenschaft und Praxis geläufigen Rechtsbegriffen gelungen ist, nicht erreicht werden kann. Welche Definition des Unternehmens als Gegenstand des Rechtsverkehres man immer

Digitized by Google

aufstellen mag, die Entscheidung der Frage, ob dieses Rechtsobjekt in einem gegebenen Falle vorliegt, wird selten eine reine Rechtsfrage, sondern meist auch eine Tat- und Ermessensfrage bilden. Durch diese Schwierigkeit darf sich die Rechtswissenschaft nicht abhalten lassen, von einem etwas schwankenden Grundbegriffe den Ausgangspunkt nehmend, einem Probleme nahezutreten, dessen Lösung ihr nun einmal durch die Gesetzgebung, die das Unternehmen als Gegenstand verschiedener Rechte und Rechtsverhältnisse erwähnt, aufgegeben erscheint.

Soweit die Ausführungen positives Recht zum Gegenstande haben, ist das österreichische Recht zu Grunde gelegt, dabei aber auch das deutsche Recht, insbesondere das neue deutsche Handelsgesetzbuch berücksichtigt.

Soweit die mir bekannt gewordene Judikatur einen Beweis dafür zu bieten im stande war, daß die erörterten Fragen der praktischen Bedeutung nicht entbehren, wurde sie herangezogen. Wo mit der Anführung einer Entscheidung die Absicht verfolgt war, nicht einen Beleg für eine bestimmte Ansicht, sondern nur dafür zu bieten, daß eine aufgeworfene Frage überhaupt den Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung gebildet hat, wurde kein Unterschied zwischen den Entscheidungen österreichischer und deutscher Gerichte oder zwischen älteren und neueren Judikaten gemacht.

Mit dem Bestreben, die Seiten dieses Buches nicht mit der zustimmenden Wiedergabe der Ansichten anderer Schriftsteller auszufüllen und eine eingehendere Erörterung von Rechtsfragen zu vermeiden, deren praktische Bedeutung sich nicht absehen läßt, glaube ich manche Ungleichheit in der Behandlung des Stoffes und die zuweilen fehlende Vollständigkeit in der Darstellung einzelner Materien rechtfertigen zu können.

Zu der diesen Gegenstand betreffenden Literatur, die sich zumeist aus Erörterungen verschiedener einschlägiger Einzelfragen zusammensetzt und in den Darstellungen der verschiedensten Zweige des öffentlichen und des Privatrechtes gesucht werden muß, soll vorliegende Arbeit gewiß nicht den Schlußstein, sondern nur einen bescheidenen Baustein bieten.

Wien, im September 1907.

Der Verfasser.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
Einleitung		1
	I. Das Unternehmen im objektiven Sinne.	
§ 1.	1. Die in der Literatur bestehenden Ansichten	5
§ 2.	2. Eigener Versuch einer Begriffsbildung	15
§ 3.	II. Die tatsächliche Verkehrsfähigkeit des Unternehmens. Die Mittel der Übertragung	23
§ 4.	Fortsetzung: Zeitungstitel und Zeitungseigentum	38
	III. Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze über Rechtsobjekte und Sachen auf das Unternehmen.	
§ 5.	1. Die Stellung des Unternehmens im Systeme der Rechtsobjekte	46
§ 6.	2. Das Zubehör eines Unternehmens	58
§ 7.	3. Der Wert des Unternehmens	75
	IV. Rechtsänderungen bezüglich des Unternehmens.	
§ 8.	1. Die Veräußerung des Unternehmens	88
§ 9.	2. Die Vererbung eines Unternehmens	92
§ 10.	3. Die Verpachtung eines Unternehmens	107
§ 11.	4. Der Fruchtgenuß an einem Unternehmen	130
§ 12.	5. Das Unternehmen als Aktivum in der Konkursmasse	137
§ 13.	6. Das Unternehmen als Exekutionsobjekt	146
§ 14.	V. Die Passiven des Unternehmens	173
	VI. Das Unternehmen als Gegenstand des Miteigentums.	
§ 15.	1. Unternehmens- und Sachgemeinschaft. Rechtsformen der Unternehmensgemeinschaft	197
§ 16.	2. Haftung für die aus dem Betriebe eines gemeinschaftlichen Unternehmens entspringenden Verbindlichkeiten	204
§ 17.	3. Die Wirkung des Miteigentums am Unternehmen auf das Unternehmenszubehör	217
	4. Der Unternehmensanteil	224
§ 18.	*a)* Vererbung von Unternehmensanteilen	224
§ 19.	*b)* Veräußerung von Unternehmensanteilen	242
§ 20.	*c)* Exekution auf Unternehmensanteile	250

Digitized by Google

Abkürzungen.

AdlCl. = Sammlung von Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes zum Handelsgesetze, begründet von Adler und Clemens.
AH. = Abgeordnetenhaus.
AmtlS. = Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen, veröffentlicht von diesem Gerichtshofe.
ApothekenG. = Gesetz vom 18. Dezember 1906, RGBl. Nr. 5 von 1907, betreffend die Regelung des Apothekenwesens.
ArchZiv.-Prax. = Archiv für zivilistische Praxis.
ArchBürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
AReg. = Aktienregulativ (Verordnung vom 20. September 1899, RGBl. Nr. 175.
AusstreitG. = Kaiserliches Patent vom 9. August 1854, RGBl. Nr. 208, über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen.

BergG. = Berggesetz vom 24. April 1854, RGBl. Nr. 146.
Bolze = Praxis des deutschen Reichsgerichtes in Zivilsachen, herausgegeben von Bolze.
Budw. = Erkenntnisse des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes, ursprünglich herausgegeben von Budwinski.
BudwA. = Dieselbe Sammlung, administrativrechtlicher Teil.
BudwF. = Dieselbe Sammlung, finanzrechtlicher Teil.
Busch = Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechtes.

D. = Wenn dieser Buchstabe der Bezeichnung eines Gesetzes vorangestellt ist, so ist das betreffende deutsche Reichsgesetz gemeint.
Denkschrift = Denkschrift zum deutschen HGB. (Zitiert nach: „Entwurf eines HGB. nebst dem Entwurfe eines Einführungsgesetzes und einer Denkschrift", Berlin, Carl Heymanns Verlag.)
DJZ = Deutsche Juristenzeitung.

EisenbBuchG. = Gesetz vom 19. April 1874, RGBl. Nr. 70, betreffend die Anlegung von Eisenbahnbüchern.
Entwurf zu UnlWG. = Entwurf zu einem Gesetz, betreffend den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb (2596 der Beilagen zu den stenogr. Prot. des AH., 17. Session).

GenG. = Gesetz über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 9. April 1873, RGBl. Nr. 70.
GewO. = Gewerbeordnung.
GH. = Gerichtshalle.
GlU. = Sammlung zivilgerichtlicher Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes, begründet von Glaser und Unger.
GmbHG. = Gesetz vom 6. März 1906, RGBl. Nr. 58, über Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Digitized by Google

Goldschmidts Z. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begr. von Goldschmidt.
Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes, begründet von Gruchot.
Grünhuts Z. = Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut.
GZ. = Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung.

Iherings J. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes.

JBl. = Juristische Blätter.
JW. = Juristische Wochenschrift.

KO. = Konkursordnung.

MarkG. = Gesetz vom 6. Jänner 1890, RGBl. Nr. 19, betreffend den Markenschutz.
Mat. = Die Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozeßgesetzen.
Mot. = Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (amtliche Ausgabe).

Ofner = Der Urentwurf und die Beratungsprotokolle des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. Herausgegeben von Ofner.
OGH. = Österreichischer Oberster Gerichtshof.
OLG. = Oberlandesgericht.

P. = Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches.
PatG. = Patentgesetz.
PersStG. = Gesetz vom 25. Oktober 1896, RGBl. Nr. 220, betreffend die direkten Personalsteuern.
pr. = preußisch.
Prot. = Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches.

RG. = Entscheidung des deutschen Reichsgerichtes in Zivilsachen.
ROH. = Entscheidung des deutschen Reichsoberhandelsgerichtes.
RZ. = Österreichische Richterzeitung.

SchwOR. = Schweizer Bundesgesetz über das Obligationenrecht.
SeuffA. = J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Ungar. Entwurf = Der dem ungarischen Abgeordnetenhause am 5. Juli 1907 vorgelegte Gesetzentwurf über die Übertragung des Handelsgeschäftes.
UnlWG. = (deutsches) Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896.
UrhG. = Gesetz vom 26. Dezember 1895, RGBl. Nr. 197, betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur, Kunst und Photographie.

VGH. = Verwaltungsgerichtshof.

WGGB. = Westgalizisches Gesetzbuch.

ZBl. = Österr. Zentralblatt für die juristische Praxis, herausgegeben von Geller.
ZZP. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.

Digitized by Google

Literatur.

Durch Anführung folgender fett gedruckter Namen wird zitiert:

Adler K., Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechtes.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechtes.
Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuche.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechtes (6. Aufl.).
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens.
Geller, Das Recht der wirtschaftlichen Konkurrenz im ZBl., 1889, 1890, 1891.
Krainz-Ehrenzweig, System des allgemeinen österreichischen Privatrechtes.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechtes.
Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar (12. Aufl.).
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse.
Ohmeyer, Das Unternehmen als Rechtsobjekt.
Randa, Das österreichische Handelsrecht.
Schubert-Soldern, Die Zwangsverwaltung und die Verwahrung und Verwaltung nach Exekutionsrecht.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Aufl., bearbeitet von Könige, Stranz und Pinner.
Stegemann, Die Vererbung eines Handelsgeschäftes (Rostocker rechtswissenschaftliche Studien, 1. Band, 3. Heft).

Berichtigungen.

S. 105, 4. Zeile der Anm. 34: BGB. statt LGB.
S. 160, vorletzte Zeile der Anm. 37: Fischer-Schäfer statt Krech-Fischer.
S. 161, erstes Wort der Anm. 41: Daß statt Das.
S. 161, 2. Zeile der Anm. 46: könnten statt könnte.
S. 167, 21. Zeile von oben: Mat. statt Mot.
S. 215, 2. Zeile der Anm. 27: Mages statt Mayer.

Digitized by Google

Einleitung.

Der Ausdruck Unternehmen wird gleich anderen gleichbedeutenden ursprünglich zur Bezeichnung einer bestimmten Erwerbstätigkeit oder deren äußerer Erscheinungsform verwendeten Ausdrücken wiederholt in der Sprache des gewöhnlichen Lebens und der Gesetzgebung in einem Zusammenhange gebraucht, in dem diesem Ausdrucke neben seiner ursprünglichen Bedeutung noch eine andere zukommt. Man spricht von dem Eigentum, der Übertragung, der Verpachtung, der Vererbung einer Handels-, Fabriks-, Zeitungs-, Transport-, Theaterunternehmung, dem Miteigentume, dem Nießbrauch usw. an einer solchen. Die Gesetzgebung hat derartige, durch den wirtschaftlichen Verkehr geschaffene Verhältnisse, denen die Gerichte in der Praxis rechtlichen Schutz gewährten, teils ausdrücklich, teils durch deren Erwähnung und Hervorhebung einzelner Wirkungen als wirksame Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse anerkannt.[1])

[1]) Hiebei werden neben dem Ausdrucke „Unternehmen" auch die Ausdrücke „Geschäft", „Gewerbe", „Handlung" allein und in Zusammensetzungen und — soferne es sich nicht um die bloße Bezeichnung einer Erwerbstätigkeit handelt — ganz sprachwidrig die Ausdrücke „Betrieb" und „Beschäftigung" (vgl. § 72 PersStG.: „Übergang einer Beschäftigung") verwendet. Im Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens wird dem Ausdrucke „Unternehmen" allerdings eine andere Bedeutung beigelegt, als den anderen erwähnten Ausdrücken. Man pflegt nur diejenige Erwerbstätigkeit als „Unternehmen" zu bezeichnen, die unter Aufwendung bedeutender Kapitalien, unter Entwicklung einer umfangreichen kaufmännischen Organisation und starkem Hervortreten des spekulativen Momentes vor sich geht. In den Definitionen namhafter Volkswirte wird bald auf das, bald auf jenes der erwähnten Momente Gewicht gelegt. (Vgl. Wirninghaus, Wörterbuch der Volkswirtschaft, II., S. 28, Kleinwächter, Schönbergs Handbuch, I., S. 216, Pierstorff, Handwörterb. der Staatsw., VII., S. 328.) Dagegen definiert Philippovich (Grundriß der pol. Ökonomie, I., 6. Aufl., S. 119), die erwähnten Momente bei Seite lassend: „Die Unternehmung ist eine Wirtschaft, die produziert oder erwirbt, um durch Veräußerung des Produzierten oder Erworbenen Gewinn zu machen." Rechtlich ist es ganz unerheblich, welchen der erwähnten Ausdrücke die Gesetze gebrauchen. Bloß die Ausdrücke „Fabrik" und „Anstalt" haben eine rechtliche Bedeutung erlangt; sie besagen, daß ein gewisser Umfang des Betriebes vorausgesetzt wird. Im Art. V des KundmPat. zur GewO. und im PersStG. (vgl. §§ 9, 10 u. a. m.)

Digitized by Google

Einige Beispiele aus der österreichischen und deutschen Gesetzgebung mögen als Beleg angeführt werden[2]):

Art. 22, 23 HGB., § 39 EinfG. zum HGB., §§ 22 ff. DHGB. handeln von der Veräußerung und Vererbung von Handelsgeschäften. § 22, Abs. 2 DHGB. erwähnt das Vermächtnis eines Handelsgeschäftes.[3]) Die §§ 9 und 20 MarkG. und § 7 des deutschen

---

wird zwar im Anschlusse an den hervorgehobenen Sprachgebrauch zwischen „Unternehmung" und „Beschäftigung" unterschieden, es wird jedoch diesem auch gar nicht konsequent durchgeführten Unterschiede keine rechtliche Erheblichkeit beigemessen. Unter den verschiedenen angeführten, rechtlich gleichbedeutenden Ausdrücken scheint der Ausdruck„ Unternehmen" der geeigneteste für die Zwecke dieser Darstellung. Er ermangelt jedes Hinweises auf einen bestimmten wirtschaftlichen Inhalt oder eine bestimmte juristische Qualifikation der Erwerbstätigkeit, wird auch in der Gesetzgebung, wo eine möglichst allgemein lautende Bezeichnung beabsichtigt wird, verwendet (vgl. z. B. § 9, Abs. 2 MarkG.) und hat sich einmal in der österreichischen, den Gegenstand dieser Abhandlung betreffenden Literatur eingebürgert.

[2]) Dabei bleiben die zahlreichen Stellen außer Betracht, wo bloß von dem Inhaber eines Gewerbes, Geschäftes oder Unternehmens die Rede ist, z. B. § 1030 ABGB. (hiezu Brunstein, Gewerbestörung durch Patentanmaßung, N. 8, v. Ohmeyer, S. 14, N. 28), § 12 UrhG. (Inhaber des Gewerbes, dazu die Mitteilungen aus dem Berichte des Herrenhauses in der v. Seillerschen Ausgabe des Gesetzes vom 26. Dezember 1895, RGBl. Nr. 19, S. 43); die zahlreichen Stellen des Handelsgesetzbuches, die von dem „Inhaber eines Handelsgewerbes" reden und die Stellen des deutschen Reichsgesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896, die von dem Inhaber eines Geschäftes oder Geschäftsbetriebes reden (hiezu Chr. Finger, Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, 1896, S. 143), endlich die zahlreichen Stellen im Entw. zum UnlWG., in denen der „Inhaber eines Unternehmens" erwähnt wird. Mit diesen Redewendungen wird das Unternehmen nicht als Gegenstand des Eigentums bezeichnet. Unter dem Inhaber des Unternehmens wird bloß diejenige Person verstanden, auf deren Rechnung und Namen die betreffende Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, zum Unterschiede von anderen Personen, die ebenfalls im Betriebe tätig sind oder ein Recht auf einen Teil des Ertrages der Erwerbstätigkeit haben (vgl. Art. 251 HGB.). Der Ausdruck „Inhaber des Unternehmens" bedeutet nichts anderes als der in manchen Gesetzen, z. B. im Gewerbegerichtsgesetze gebrauchte Ausdruck „Unternehmer".

[3]) Auch in den römischen Quellen wird das negotium, ein Ausdruck, der in der Regel zur Bezeichnung einer Tätigkeit dient als Gegenstand eines Vermächtnisses bezeichnet: L. 77 § 16 de leg II (mensae negotium in causa fideicommissi susceptum). Vgl. hiezu Behrend in Ztschr. für Gesetzgebung und Rechtspflege, 4, S. 455 ff., Hassenpflug in Elvers Themis, 1, S. 64, und Simon in Goldschmidts Z., 24, S. 125, der bloß die Ansicht der beiden vorgenannten Schriftsteller bekämpft, daß unter „negotium" das Handelsvermögen im Sinne einer Aktiven und Passiven umfassenden Einheit zu verstehen ist.

Digitized by Google

Gesetzes zum Schutze des Warenzeichens vom 15. Mai 1894, RGBl. Nr. 22 sprechen von der Erwerbung eines Unternehmens, dem Übergange eines Geschäftsbetriebes, die §§ 9, Abs. 3, 22 PatG. und § 5 des deutschen PatG. vom 7. April 1891 von einer Vererbung oder Veräußerung des Betriebes. § 115, II. GmbhG. spricht von der Übernahme einer Unternehmung. In § 148 lit. b KO. und § 134, Z. 1 DKO. werden Regeln über die Abtretung des Unternehmens des Gemeinschuldners, die Veräußerung seines Geschäftes gegeben; vgl. dazu die von der Fortführung des Geschäftes oder Gewerbes auf Rechnung der Konkursmasse handelnden §§ 142, Abs. 2 KO., 129, 130 DKO., 56 GewO., 9, Abs. 2 MarkG. Zahlreiche Stellen des PersStG. (vgl. §§ 72, 116, 120) erwähnen den Erwerb oder den Übergang einer Unternehmung oder einer Beschäftigung. Über den Nießbrauch an einem Handelsgeschäfte enthält § 22 DHGB. über die väterliche Nutznießung an einem Erwerbsgeschäfte § 1655 DBGB. eine Bestimmung[3a]).

Der Verpachtung eines Unternehmens (Handelsgeschäftes, Gewerbes, gewerblichen Betriebes) wird gedacht in: § 22 DHGB., § 1822, Z. 4 DBGB., §§ 77, Abs. 2, 121 PersStG. und anderen Bestimmungen des letzterwähnten Gesetzes.[4])

Die §§ 341 ff. EO. regeln in allgemeiner Anerkennung einer bereits früher geübten Praxis die Exekution auf wirtschaftliche Unternehmungen.

Als Gegenstand der Einlage eines Aktionärs wird das Unternehmen in § 191, Abs. 2 DHGB. und § 9, Abs. 2 Aktienregulativ erwähnt. Auch die §§ 239 ABGB. und § 206 des AusstreitG. sind in diesem Zusammenhange zu nennen; sie rechnen eine Handlung oder Fabrik zu den Bestandteilen des Vermögens der Pflegebefohlenen.[5])

Die Gesetzgebung setzt also voraus, daß das Unternehmen ein Gegenstand ist, dessen tatsächliche und rechtliche Zuständigkeit nicht nur mit Willen des Berechtigten, sondern wie die Erwähnung der Zwangsverpachtung, Zwangsverwaltung und der konkursmäßigen Veräußerung des Unternehmens zeigt, auch gegen den Willen des

[3a]) Von der Veräußerung und Vererbung eines Unternehmens spricht auch § 16, Abs. 3 des Entw. zum Handlungsgehilfengesetz (Beilage 192 zu den stenogr. Prot. des AH., 18. Sess.).

[4]) Auch in § 6 des Entwurfes zu einem Gesetze, betreffend die Rübenrayonnierung (Beilage 1678 zu den stenogr. Prot. des AH., 17. Sess) wird der Pächter einer Fabriksunternehmung erwähnt.

[5]) Dabei ist es freilich zweifelhaft, ob § 239 ABGB. nicht im Sinne des Sprachgebrauches der älteren österr. Gewerbegesetzgebung das Wort „Handlung“ im Sinne von „Handelsbefugnis“ gebraucht.

Digitized by Google

Berechtigten geändert werden kann. Gerade die Erwähnung des Erwerbes des Unternehmens im Erbwege und im Exekutionswege zeigt, daß die Gesetze die so oft erwähnte Veräußerung eines Unternehmens wirklich als eine solche[6]) und die hiedurch verursachte Vermögensverschiebung als die unmittelbare Wirkung des translativen Überganges eines selbständigen Vermögensobjektes auffassen, nicht etwa als die Folge einer vom früheren Berechtigten übernommenen persönlichen Verpflichtung oder eines von diesem betätigten Verhaltens. Von beiden kann beim Erwerbe im Erb- oder Exekutionswege[7]) nicht die Rede sein.

Zeigt uns die empirische Betrachtung jener wirtschaftlichen Vorgänge, die als Übertragung, Verpachtung eines Unternehmens, als Bestellung eines dinglichen Rechtes an einem solchen bezeichnet werden, einen solchen Gegenstand? Müssen wir die Frage verneinen, so gibt es trotz der entsprechenden vom Gesetzgeber gebrauchten Ausdrücke keine Veräußerung, Verpachtung, Vererbung eines Unternehmens, keinen Erwerb dinglicher Rechte an einem solchen; der Gesetzgeber erwähnt oder regelt einen bestimmten Fall eines Rechtsgeschäftes oder Rechtsverhältnisses, der sich mangels der vom Gesetze an anderer Stelle normierten begrifflichen Voraussetzungen niemals ereignen kann. Die vom Gesetzgeber geregelte Exekution auf Unternehmungen wäre mangels Vorhandensein des vorausgesetzten Exekutionsobjektes nicht möglich, wäre keinesfalls eine Exekution in das Vermögen des Schuldners. Gelingt es uns, einen solchen Gegenstand zu finden und sind wir nicht genötigt den erwähnten Gesetzesbestimmungen jede oder die gewollte Wirkung abzusprechen, so können wir zu der Erörterung der Frage schreiten, ob wir es mit einer der in der Wissenschaft anerkannten Kategorien der Rechtsobjekte zu tun haben oder ob wir zur Aufstellung einer neuen Kategorie veranlaßt sind; wir können untersuchen, welche Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse bezüglich dieses Gegenstandes tatsächlich möglich und gesetzlich anerkannt sind und welche besondere Wirkungen einzelne dieser Rechtsgeschäfte oder Rechtsverhältnisse infolge der eigentümlichen Natur ihres Gegenstandes hervorbringen.

---

[6]) Als ein Geschäft, das eine Verschiebung zwischen dem Vermögen zweier Personen, ohne Hinzutritt einer persönlichen Verpflichtung zu einer künftigen Handlung oder Unterlassung durch eine unmittelbare Änderung in der rechtlichen und wirtschaftlichen Lage eines bestimmten Gegenstandes bewirkt (Sohm, Der Gegenstand, S. 7).

[7]) Das Gericht kann bei Spezial- oder Generalexekution nur über Vermögensobjekte des Schuldners verfügen, es kann ihm zu Gunsten des Gläubigers nicht bestimmte Verpflichtungen zu Handlungen oder Unterlassungen für die Zukunft auferlegen.

Digitized by Google

I.

Das Unternehmen im objektiven Sinne.

§ 1.

1. Die in der Literatur bestehenden Ansichten.

Die zahlreichen Gesetzesstellen, die das Unternehmen als Gegenstand von Rechten und Rechtsgeschäften erwähnen, setzen neben der durch den Ausdruck „Unternehmen" oder einen anderen gleich bedeutenden Ausdruck bezeichneten Erwerbstätigkeit auch das Vorhandensein eines mit dem gleichen Ausdrucke bezeichneten Vermögensobjektes voraus, dem sie ausdrücklich oder stillschweigend die Eigenschaft eines Rechtsobjektes[1]) zuerkennen.

Man kann keiner der von der Wissenschaft aufgestellten Definitionen des Unternehmens — von sprachlichen Rücksichten abgesehen — die Berechtigung absprechen, soferne die Definition keinen inneren Widerspruch enthält[2]) und soferne sie keinen anderen Zweck verfolgt, als den, den Gegenstand einer bestimmten Betrachtung zu bezeichnen. Die Frage ist bloß, ob der gewonnene Begriff den Zwecken einer rechtswissenschaftlichen Systematik Genüge tut. Dies ist dann nicht der Fall, wenn an das Vorhandensein der aufgestellten Begriffsmerkmale überhaupt keine Rechtswirkungen oder nur solche

---

[1]) Als Gegensatz zum Unternehmen als Rechtsobjekt ist das Unternehmen als Tätigkeit gedacht, nicht etwa das Unternehmen als Rechtssubjekt. In der älteren Literatur wurde wiederholt dem Unternehmen, dem Handelsgeschäfte als Zweckvermögen (vgl. Endemann, Das deutsche Handelsrecht § 17, Agap. Mommsen in Busch, 32, S. 209 ff., Bekker in Goldschmidts Z., 4, S. 499 ff.), die Eigenschaft eines Rechtssubjektes zugesprochen. Diese Anschauung kann heute als in der deutschen Literatur überwunden bezeichnet werden (Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 456, Das deutsche Privatrecht, I., S. 207, vgl. auch O. Komorzynski, JBl., 1902, S. 266, Herrmann-Otávsky, Immaterialrechte und Gewerbebetrieb, Österr. Patentbl., 1905, S. 518: Über die Auffassung des Seeschiffes als Rechtssubjekt, vgl. Brodmann, Goldschmidts Z., 59, S. 210). In einer eigentümlich modifizierten Form kehrt diese Theorie bei Valery (Maison de commerce et fonds de commerce in Annales de droit commerciale, 1902, S. 209 ff., 269 ff.) wieder. Dieser Schriftsteller unterscheidet zwischen den sachlichen Elementen eines Gewerbeetablissements (fonds de commerce) und den durch den Prinzipal und die Angestellten gebildeten persönlichen Elementen (maison de commerce); letzteren wird der Charakter einer eigenen Persönlichkeit zugesprochen.

[2]) Ein solcher Widerspruch liegt vor, wenn in die Definition des Unternehmens als eines Vermögens- oder Rechtsobjektes die Geschäftsschulden mitaufgenommen werden. Schulden können nicht Gegenstand von Rechten sein. Näheres in § 14.

Digitized by Google

von der Art geringer Bedeutung und Zahl geknüpft sind, daß die Aufstellung einer besonderen Kategorie der Ökonomie der juristischen Systematik widerspricht.[3]) Dieser Gesichtspunkt kann auch bei der folgenden kritischen Betrachtung der verschiedenen Auffassungen über Begriff und Wesen des Unternehmens nicht außer acht gelassen werden.

1. Den größten Teil der Literatur, die sich mit der Feststellung des Begriffes des Unternehmens im objektiven Sinne beschäftigt, bilden die Ausführungen zu Art. 22, 23 HGB. (§§ 22 ff. DHGB.), die das Handelsgeschäft als Gegenstand der Übertragung unter Lebenden und von Todes wegen erwähnen; da die angeführten Bestimmungen des HGB. an den Erwerb eines Handelsgeschäftes eine bedeutsame Wirkung, die Zulässigkeit der Fortführung der Firma des früheren Inhabers knüpfen, war es notwendig, den Begriff des Handelsgeschäftes wenigstens für den Bereich der genannten Gesetzesstellen klarzulegen.[3a]) Die herrschende Meinung versteht unter Handelsgeschäft den Inbegriff der mit dem Handelsbetriebe in Beziehung stehenden Aktiven und Passiven.[4])

Sehen wir vorläufig unter Hinweis auf die Ausführungen in § 14 von der Aufnahme der Passiven[5]) in die Definition eines Vermögens- oder Rechtsobjektes ab und prüfen wir, ob der Definition des Handelsgeschäftes als eines Komplexes der mit dem Handelsbetriebe im Zusammenhange stehenden Aktiven eine Berechtigung zukommt. Der Übergang sämtlicher Aktiven ist keine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Fortführung der Firma, er ist keine Voraussetzung für die Begründung der Haftung des Geschäftserwerbers

---

[3]) Vgl. Binder, Der Gegenstand, in Goldschmidts Z., 59, S. 25.

[3a]) Die Frage, ob das von einer bestimmten Person betriebene Unternehmen mit einem früher von einem anderen betriebenen Unternehmen objektiv identisch ist, hat auch, abgesehen von den Fällen, in denen die Übertragung des Unternehmens die Bedingung für die Zulässigkeit der Übertragung gewisser Rechte bildet, rechtliche Bedeutung; z. B. ist es für die Bemessung der Erwerbsteuer von Bedeutung, ob der Steuerpflichtige ein objektiv neues oder ein auf ihn übergegangenes Unternehmen betreibt (vgl. Budw., F. 383).

[4]) Mit geringen Abweichungen in der Formulierung kehrt diese Definition fast in allen Bearbeitungen des HGB. wieder. Vgl. die Zusammenstellungen bei Geller, ZBl., 1890, S. 608, Binder, S. 31, Jacusiel, Das Nutzungsrecht am Handelsgeschäft, S. 6; auch Randa (I., S. 134) übernimmt diese Definition.

[5]) Sie steht offenbar im Zusammenhange mit der Tendenz, für die als ein unbedingtes Erfordernis der Gerechtigkeit und Billigkeit erachtete Haftung des Geschäftserwerbers für die Geschäftsverbindlichkeiten des Vorgängers um jeden Preis eine juristische Begründung zu finden.

Digitized by Google

für die Geschäftsverbindlichkeiten des Vorgängers nach §§ 25, 27 DHGB. Dies kann als eine feststehende und unbestrittene Tatsache angesehen werden. Daß der Erwerb des Handelsgeschäftes als etwas vom Erwerbe der Geschäftsaktiven verschiedenes angesehen wird, geht aus § 25 DHGB. deutlich hervor; dort wird ja der Erwerb des Geschäftes und der Nichterwerb der Geschäftsaktiven vorausgesetzt.[6]) Was also das alte und neue HGB. unter Erwerb und Vererbung eines Handelsgeschäftes versteht, ist nicht der Inbegriff sämtlicher mit dem Handelsbetriebe in Beziehung stehenden Aktiven; das Gleiche gilt von der im § 22, Abs. 2 DHGB. erwähnten Übernahme eines Handelsgeschäftes auf Grund eines Nießbrauches oder Pachtvertrages; denn der Sinn des Wortes Handelsgeschäft ist offenbar im 1. und 2. Absatze des § 22 DHGB. derselbe. Auch sonst gebraucht weder das alte noch das neue HGB. den Ausdruck Handelsgeschäft in der erwähnten umfassenden Bedeutung.[7]) Vom logischen Standpunkte läßt sich nichts dagegen einwenden, wenn man dem Handelsgeschäfte, als dem Gegenstande der in Art. 22, 23 HGB. (§ 22 ff. DHGB.) erwähnten Übertragungen und Belastungen, das Handelsvermögen[8]) oder das Handelsgeschäft im weitesten Sinne[9]) als Gesamtheit der mit dem Handelsbetriebe in Beziehung stehenden Aktiven gegenüberstellt. Was ist aber mit der Aufstellung eines derartigen Begriffes gewonnen?[10]) Diese Gegenüberstellung ist nicht nicht einmal immer möglich; denn nicht überall, wo ein Unternehmen vorliegt, das veräußert, vererbt wird usw. — man denke an ein Auskunfts- oder Stellenvermittlungsbureau, an eine Zeitung, deren Drucklegung nicht vom Eigentümer besorgt wird; — liegt ein Geschäfts-

---

[6]) Es wird gesagt, unter welchen Voraussetzungen die Geschäftsforderungen als auf den Erwerber übergegangen gelten; sie sind also nicht übergegangen. Das Gleiche muß von anderen Geschäftsaktiven gelten (vgl. Binder, I., S. 33, Stegemann, S. 15, Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 399 ff.).

[7]) Wo der Übertragung sämtlicher Geschäftsaktiven gedacht ist, wird nicht von der Übertragung des Geschäftes, sondern von der des Vermögens gesprochen. (Vgl. Art. 215 HGB., §§ 303, 307, 308 DHGB.)

[8]) Vgl. Binder, S. 32, Sohm, Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung, Arch. Bürg. R., 28, S. 182, Hellwig, Verträge, S. 399 ff., wo die Unterscheidung zwischen Handelsgeschäft und Handelsvermögen deutlich hervortritt.

[9]) Vgl. Lehmann, S. 108, Stegemann, S. 25 ff., Jacusiel a. a. O., S. 3 ff.

[10]) Vgl. Keller, Pandekten, S. 84: „Es steht vollkommen frei, solche Begriffsganze (wie die universitas facti) nach Belieben zu bilden, man muß sich in jedem einzelnen Falle von der Beziehung und Bedeutung der fraglichen Einheit Rechenschaft geben."

Digitized by Google

vermögen vor, hier liegen überall Vermögensobjekte vor, die gewiß nicht in den wirtschaftlich ganz unbedeutenden im Betriebe verwendeten Sachgütern bestehen.[11]) Eine rechtliche Einheit wird durch das Vermögen des Einzelkaufmannes nicht dargestellt. Es gibt keinen einheitlichen Akt, durch den eine Übertragung oder Belastung aller unter dem Ausdrucke „Handelsvermögen" zusammengefaßten Aktiven bewirkt werden kann. Das Handelsvermögen kann nicht einheitliches Objekt eines Rechtes sein. Werden die Bestandteile des Handelsvermögens unter Beobachtung der zivilrechtlichen Vorschriften verpfändet, so entstehen mehrere Pfandrechte, nicht eines, deren Dauer, Übertragung und Realisierung sich ebenso wie die Entstehung nach der Natur der einzelnen Objekte richtet. Ebenso steht es mit dem Fruchtgenuß an einem Handelsvermögen; der Fruchtgenuß muß an den einzelnen Bestandteilen des Handelsvermögens bestellt werden und ist je nach der Beschaffenheit dieser Bestandteile ein eigentlicher oder uneigentlicher Nießbrauch.[12])

Vorschriften, die das Handelsvermögen in irgend einer Beziehung einem anderen rechtlichen Schicksale unterstellen als das übrige Vermögen des Einzelkaufmannes, bestehen heute nicht. Selbst die Bücher des Einzelkaufmannes dürfen seine dem Geschäfte nicht gewidmeten Vermögensbestandteile und Veränderungen an diesen nicht unberücksichtigt lassen.[13]) Die Anwendbarkeit der für die Übertragung eines Vermögens geltenden Formvorschrift des § 311 DBGB. und des die Haftung des Erwerbers eines Vermögens für die Schulden des Vorgängers aussprechenden § 419 DBGB. auf das Handelsvermögen des Einzelkaufmannes wird ebenfalls von den meisten Schriftstellern verneint (vgl. unten § 14). Mit Rücksicht hierauf haben es auch die meisten Schriftsteller unterlassen, das Geschäftsvermögen des Einzelkaufmannes dem der deutschen Literatur geläufigen Begriff des Sondervermögens zu unterstellen.[14]) Der Begriff des Handelsgeschäftes im weitesten Sinne, des Handelsvermögens, könnte daher höchstens für eine Auslegungsregel des Inhaltes Bedeutung haben, daß die Parteien bei Abschluß eines Veräußerungs- oder anderen Ge-

[11]) Vgl. Simon in Goldschmidts Z., 24, S. 121, Gellers ZBl., 1889, S. 3, Stegmann, S. 19.

[12]) Vgl. Kohler, Der Dispositionsnießbrauch, Iherings Jahrb., 24, S. 231, Jacusiel a. a. O., S. 23 und unten § 11.

[13]) Für das in Österreich geltende HGB. wenigstens muß dies arg. a contr. aus Art. 29, Abs. 3 (verb.: Gesellschaftsvermögen) angenommen werden (Rehm, Privatvermögen und Bilanz, DJZ., 1907, S. 318).

[14]) Als Sondervermögen, dem vom Gesetze das geringste Maß rechtlicher Geschlossenheit eingeräumt ist, erwähnt Gierke (Das deutsche Privatrecht, II., S. 61, N. 62) das Geschäftsvermögen des Einzelkaufmannes.

Digitized by Google

schäftes unter dem Ausdrucke Handelsgeschäft alle mit dem Geschäftsbetriebe im Zusammenhange stehenden Aktiven verstehen. Was die Parteien mit dem Gebrauche eines bestimmten Ausdruckes gewollt haben, kann wohl immer nur im konkreten Falle festgestellt werden. Der Satz, daß im Verkehre unter „Handelsgeschäft" stets das gesamte Handelsvermögen gemeint sei, hätte auch im Falle seiner Richtigkeit[15]) nicht die Bedeutung eines Rechtssatzes, sondern bloß die eines Erfahrungssatzes.

Wegen der Aufstellung eines solchen Erfahrungssatzes braucht man doch keinen neuen Begriff in die Rechtsordnung einzuführen; man könnte ja mit dem gleichen Rechte einen jeden im geschäftlichen Verkehr häufig gebrauchten Ausdruck, weil er eine juristische Auslegung nötig macht, zum Rechtsbegriff erheben.

Bei anderer Gelegenheit als bei Erörterung des Begriffes des Handelsgeschäftes wird in der deutschen Literatur das Unternehmen als Rechtsobjekt kaum erwähnt[16]). In der österreichischen Literatur begegnen wir dagegen schon frühzeitig[17]) dem Versuche, einen Begriff des Unternehmens im objektiven Sinne aufzustellen. Die Anerkennung des Unternehmens als Exekutionsobjekt bot selbstredend Veranlassung zu einer eingehenden Betrachtung des Problems. Die Mehrzahl der österreichischen Schriftsteller lehnt sich an die in der deutschen Literatur übliche Begriffsbestimmung des Handelsgeschäftes an und definiert das Unternehmen „als eine Summe von Gütern, die durch menschliche Tätigkeit zu einem bestimmten wirtschaftlichen Zweck verbunden sind". So formuliert R. Pollak (Die Zwangs-

---

[15]) Die übrigens nicht einmal feststeht. Vgl. Lehmann, S. 108, der lehrt, daß unter Handelsgeschäft im Zweifel stets das Handelsgeschäft im engsten Sinne zu verstehen sei.

[16]) Gelegentliche Bemerkungen finden sich bei Roßhirt, das sogenannte Zeitungseigentum, Goldschmidts Z. 6, S. 71, Kohler, Lehrb. des bürgerl. Rechtes, II., S. 313 (Verpachtung eines Unternehmens), Dernburg, Das pr. Privatrecht, I., S. 128, Nr. 3 (Zubehör des U.), Kohler in Holzendorffs Enzyklopädie [6], S. 759, Petrazycky, Zur Lehre vom Einkommen, II., S. 408 (Handelsgeschäfte und sonstige Unternehmungen werden als Gesamtkapitalien bezeichnet). Kohler in seiner Abhandlung „Zur Lehre von den Pertinenzen", Iherings Jahrb. 26, streift zwar mehrere Male den Begriff des Unternehmenszubehörs (vgl. insbes. S. 117 ff.), bleibt aber schließlich doch bei der Sachpertinenz stehen. (Vgl. unten § 6). Der Begriff des „Erwerbsgeschäftes" erfährt in der Regel eine kurze Erwähnung bei Erörterung der §§ 1655 und 1922 DBGB. uud eine eingehende Erörterung bei Jucusiel a. a. O.

[17]) Vgl. über das Eigentum am Zeitungsunternehmen, Liszt, Lehrb. des österr. Preßrechtes, S. 123 und das von Glaser und Unger erstattete Gutachten in Glasers kleineren Schriften, II., S. 63.

Digitized by Google

verwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen, S. 8, Die Zwangsverpachtung wirtschaftlicher Unternehmungen, GZ. 1907, S. 66) und fast wörtlich übereinstimmend Schubert-Soldern (Die Zwangsverwaltung und die Verwahrung und Verwaltung, S. 416); eine ähnliche Definition findet sich bei Ohmeyer, S. 8 ff., nur wird bei ihm das Moment der zur Erfüllung des einheitlichen wirtschaftlichen Zweckes notwendigen Organisation deutlich betont.[18]) In einem einheitlichen, wirtschaftlichen Zwecken dienenden Inbegriffe in Sachen und Rechten erblicken auch Brunstein (Gewerbsstörung durch Patentanmaßung), Neumann-Ettenreich (Zivilrechtliche Erörterungen), S. 30), Goldmann (Exekution auf Gegenstände des Bergwerkseigentumes, Grünhuts Z. 32, S. 64 ff.) das Wesen des Unternehmens. Vergeblich werden wir uns nach irgend einer Stelle in der Rechtsordnung umsehen, wo dieser Begriff des Unternehmens Bedeutung haben könnte. Den einzelnen, teilweise auch von Ohmeyer angeführten gesetzlichen Bestimmungen, die von der Übertragung, Vererbung und Verpachtung eines Unternehmens reden, liegt jedenfalls ein anderer Begriff des Unternehmens zu Grunde. Ist etwa zur Übertragung des Markenrechtes (§ 9 MarkG.), zur Übertragung der patentrechtlichen Lizenz (§§ 9, 22 PatG.), die Übertragung der aus dem Geschäftsbetriebe entspringenden Forderungen, die Übertragung sämtlicher Warenvorräte usw. nötig?[19]) Ebensowenig kann den Bestimmungen über die Verpachtung (freiwillige Verpachtung oder Zwangsverpachtung) dieser Begriff des Unternehmens zu Grunde liegen; denn Forderungen[19a]) sind kein Gegenstand der Verpachtung. Der Gegenstand der Zwangsverwaltung eines wirtschaftlichen Unternehmens ist offenbar derselbe wie der der Zwangsverpachtung; wenn daher — wie nicht zu bestreiten ist — in die Verwaltungsmasse auch die noch außen stehenden Geschäftsforderungen fallen, so kann

---

[18]) Vgl. Makower, I., S. 50.

[19]) Dies gibt Ohmeyer, S. 24, N. 61 anscheinend zu. § 9 MarkG., §§ 9, 22 PatG. bezeichnen aber mit „Unternehmen“ und „Betrieb“ (ebenso wie Art. 22, 23 HGB., § 22 ff. DHGB.) dasjenige, was auf den Erwerb übergehen muß, damit die Übertragung des Markenrechtes oder der patentrechtlichen Lizenz eine wirksame sei. Der von den genannten österreichischen Schriftstellern aufgestellte Unternehmensbegriff deckt sich also nicht mit dem Begriffe des Unternehmens und Betriebes, der den Gesetzesstellen aus denen für das österr. Recht die Anerkennung des Unternehmens als Rechtsobjekt abgeleitet wird, zu Grunde liegt.

[19a]) Die Geschäftsforderungen rechnet Ohmeyer, wie aus seinen Bemerkungen auf S. 11 und 37 deutlich hervorgeht, im Anschlusse an die in der handelsrechtlichen Literatur üblichen Begriffsbestimmungen des Handelsgeschäftes mit zu den Bestandteilen des Unternehmens; R. Pollaks Bemerkung in seiner Abhandlung „Die Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen“, S. 10, Nr. 15, läßt auf die gleiche Auffassung schließen.

Digitized by Google

dies nicht seinen Grund darin haben, daß diese Forderungen einen Bestandteil des mit dem Ausdrucke „wirtschaftlichen Unternehmen“ bezeichneten Exekutionsobjektes bilden (hierüber unter § 13). Dem Begriffe der Gesamtsache (§ 302 ABGB.) läßt sich die im Betriebe eines Unternehmens vereinigte Summe von Gütern nicht unterstellen, denn im § 302 ABGB. ist bloß die „universites facti“, der Inbegriff mehrerer gleichartiger Objekte, rezipiert[20]), worauf schon die Erwähnung des Warenlagers als Beispiel der Gesamtsache hinweist, nicht aber die Objekte verschiedener rechtlicher Art umfassende universites juris.[21])

2. Die Mehrzahl der handelsrechtlichen und derjenigen österreichischen Schriftsteller, die sich mit dem Begriff des Unternehmens im objektiven Sinne befassen, stellen also einen Begriff des Handelsgeschäftes oder des Unternehmens auf, der den Bestimmungen des HGB. und anderer Gesetze, die von der Übertragung und Belastung des Unternehmens reden und hieran bestimmte Wirkungen knüpfen, nicht zu Grunde liegt. Auf die Frage, was denn das Handelsgeschäft sei, an dessen Erwerb die Befugnis zur Fortführung der alten Firma und unter Hinzutreten bestimmter weiterer Umstände die Haftung des Erwerbers für die Geschäftspassiven des Vorgängers geknüpft ist, erhält man selten eine klare Antwort. In der Regel wird gelehrt, daß es zur Erlangung der Befugnis, die alte Firma fortzuführen, notwendig, aber auch genügend sei, wenn diejenigen Bestandteile des Handelsvermögens veräußert werden, auf denen die Fortsetzung des Handelsbetriebes in der bisherigen Art im wesentlichen beruht; als Beispiele werden angeführt: Übertragung des Eisenbahnkörpers, Über-

---

[20]) Das Gesetz gewährt die Möglichkeit der Übertragung und Belastung dieser mehreren Objekte mittels eines einheitlichen Aktes ohne die Gesamtsache als solche zum einheitlichen Rechtsobjekte zu erheben; das ist trotz der von Neumann-Ettenreich angeregten Zweifel mit Recht noch immer herrschende Lehre.

[21]) Auf diese beziehen sich die Bestimmungen des ALR. (I., Tit. 2, § 32 ff.) über den Inbegriff von Sachen und Rechten (vgl. Dernburg, pr. Privatrecht, I., S. 125). Als ein wirtschaftliches Ganzes im Sinne des § 302 ABGB. bezeichnet Schubert-Soldern a. a. O., S. 416 das Unternehmen und ebenso anscheinend Ohmeyer. Ich kann wenigstens seine Äußerung (S. 16), daß durch § 302 ABGB. auch die universitas juris gedeckt sei und seine auf S. 12 unter Hinweis auf § 427. ABGB. aufgestellte Behauptung, daß bei Übertragung eines Handelsgeschäftes eine besondere Übertragung der einzelnen Vermögensstücke des Unternehmens nicht notwendig sei, nicht anders verstehen. Mit der Frage nach der Passivenhaftung des Geschäftserwerbers hat übrigens die aufgeworfene Frage gar nichts zu tun; im besten Falle denkt § 302 ABGB. an einen Inbegriff von Sachen und Rechten, nicht aber an einen Inbegriff von Sachen, Rechten und Verbindlichkeiten (dies gegen AdlCl. 724, GlU. 1235, Ohmeyer, S. 16).

Digitized by Google

lassung des Geschäftslokales, Zession der Mietkontrakte, Überweisung der Kundschaft (Überlassung der Chancen), Überlassung der vorhandenen Fabriksutensilien und Warenvorräte.[22]) Wie aus den angeführten Beispielen erhellt, ist mit der erwähnten Formulierung nicht erklärt, was das Handelsgeschäft ist, was veräußert, vererbt, verpachtet wird usw., sondern nur gesagt, auf welche Weise die im Gesetze vorgesehene Übertragung des Handelsgeschäftes bewirkt wird. Ganz unzutreffend ist übrigens der Gedanke, daß die Kundschaft neben den dinglichen und obligatorischen Rechten an den einzelnen Produktionsfaktoren zu den Bestandteilen des Handelsvermögens gehört, auf denen die Fortsetzung des Handelsbetriebes im wesentlichen beruht. Die mit einem bestimmten Gewerbebetriebe verbundene Chance, die Absatzgelegenheit, ist freilich ein Vermögensobjekt und kann an jemand, der ein gleichartiges Gewerbe betreibt, übertragen werden; diese Übertragung ist aber nicht gleich der Übertragung des Geschäftsbetriebes oder der Mietkontrakte, ein Mittel der Übertragung des Geschäftes, sondern sie stellt — wie später ausgeführt werden wird — selbst die Übertragung des Geschäftes dar.[23])

3. Geller[24]) erblickt das Wesen des Unternehmens „in der ständigen Bereitschaft des Subjektes zu einem durch den Namen des Unternehmens bezeichneten Umsatz und in der Kundbarkeit dieser Bereitschaft nach außen". Die Kundbarkeit dieser Bereitschaft nach außen knüpfe sich entweder an den bürgerlichen Namen des Unternehmens, an seine Firma, an die Bezeichnung des umzusetzenden Produktes (Marke, Zeitungstitel), an die Betriebsanlage oder an deren Bezeichnung (Etablissementsname). Durch eines jener Momente erhalte jedes Unternehmen einen seine Kontinuität bedingenden spezifischen, das Unternehmen individuali-

---

[22]) Behrend, S. 212, Staub, Anm. § 6 zu § 22, Goldmann, Komm. zum HGB., S. 92, Randa, I., S. 134, OLG. Köllen in Goldschmidts Ztschr. 46, S. 473, Bolze, 6, Nr. 169, RG. 25, S. 4. Den gleichen Ausführungen begegnen wir in den Motiven des ungar. Entw., wo dargelegt wird, wann auch ohne Übertragung des gesamten Handelsvermögens eine die Haftung des Erwerbes für die Geschäftspassiven begründende Übertragung des Handelsgeschäftes anzunehmen ist.

[23]) Vgl. Lehmann, S. 133, der ausführt, daß unter Handelsgeschäft im engsten Sinne die Chancen zu verstehen seien, und daß unter Übertragung des Handelsgeschäftes im Sinne der §§ 22, 23 DBGB. die Übertragung des Handelsgeschäftes im engsten Sinne, also bloß die Übertragung der Chancen zu verstehen sei.

[24]) Das Recht der wirtschaftlichen Konkurrenz, ZBl. 1889, S. 1 ff., 65 ff., 129 ff., 471 ff., 1890, S. 601 ff., 665 ff., 1891, S. 1 ff., Nachfolge und Zwangsvollstreckung in gewerblichen Unternehmungen, ZBl. 1906, S. 916 ff.

Digitized by Google

sierenden Faktor. Unter Übertragung des Unternehmens könne nichts anderes verstanden werden als die Übertragung jenes konstanten spezifischen Faktors aus der Macht eines Subjektes in die eines anderen. Gellers Theorie hat das Verdienst, daß sie im Betriebe des Unternehmens verwendete Sachgüter als ein bloß zufälliges und nicht wesentliches Merkmal aus den Begriff des Unternehmens ausschaltet. Richtig ist weiters, daß die Übertragung einer für den Unternehmer vorhandenen Absatzgelegenheit[25]) — dieser Ausdruck ist jedenfalls zutreffender als die von Geller gebrauchte Redewendung „Kundbarkeit der Umsatzbereitschaft" — oft den wirtschaftlichen Zweck jener Geschäfte bildet, die man im Verkehr als Übertragung eines Unternehmens zu bezeichnen pflegt. Die Übertragung einer bestehenden Absatzgelegenheit ist aber nicht immer der ökonomische Zweck derartiger Geschäfte. Absatz und Absatzgelegenheit zeigen uns ja nur die eine Seite des Unternehmens, dessen andere in der Produktion und Produktionsmöglichkeit besteht (vgl. den folgenden Paragraph). Auch lehren die Tatsachen, daß eine bestehende Absatzgelegenheit auch dort übertragen werden kann, wo der Betrieb des Unternehmens durch keinen der von Geller genannten oder ähnlichen[26]) rechtlich geschützten Faktoren individualisiert erscheint oder ein solcher etwa vorhandener Faktor gar nicht mitübertragen wird.

Natürlich setzt sich Gellers Ansicht, daß die Übertragung eines Unternehmens in der Gestattung des Gebrauches der bestehenden Firma oder Marke besteht, in Widerspruch zu Art. 22 HGB. und § 9 MarkG. und den entsprechenden Bestimmungen der deutschen Gesetzgebung. Geller erblickt aber in diesen Bestimmungen keine Rechtssätze, sondern bloß falsche Lehrsätze (ZBl. 1890, S. 608); wenn man in dem Unternehmen etwas anderes erblicke als den Inbegriff der im Betriebe verwendeten Sachgüter, so sei eine Übertragung eines unter einer Firma betriebenen oder eines markenberechtigten Unternehmens nicht anders möglich als durch Übertragung der Firma oder Marke.[27])

---

[25]) Auf die Absatzgelegenheit wird hier zum ersten Male das Schwergewicht gelegt. Bei den Definitionen, die die herrschende Lehre vom Unternehmen gibt, kommt sie nur insofern zur Geltung, als gesagt wird, daß zum Unternehmen neben dem Inbegriff der mit dem Betriebe in Zusammenhang stehenden Sachen und Rechten, auch die tatsächlichen Beziehungen, die Chancen, die Kundschaft usw. gehören.

[26]) Gedacht ist hiebei an den besonderen rechtlichen Schutz, der in der französischen Praxis und auch im Entw. zum Unl. WG. den verschiedenen Unternehmenskennzeichen (typische Form der Betriebseinrichtung, Uniform der Bediensteten) zu teil wird.

[27]) Binder, I., S. 38, Nr. 159 entfernt sich mit seiner Bemerkung, daß die Veräußerung eines Geschäftes ohne die Firma wertlos sei, kaum weit von der im Texte mitgeteilten Auffassung.

Digitized by Google

Gelingt aber der Nachweis, daß auch ohne gleichzeitige Übertragung der Firma oder Marke ein von den im Betriebe des Unternehmens verwendeten Aktiven verschiedenes Vermögensobjekt tatsächlich übertragen werden kann, so wird man den angeführten Bestimmungen doch den Charakter von bindenden Rechtsnormen zuerkennen müssen. Zweifellos gibt es Fälle, in denen eine bestehende Absatzgelegenheit, die an ein Unternehmenskennzeichen (Schild, Etablissementsname u. dgl.) geknüpft ist, dadurch übertragen wird, daß der Unternehmer den Gebrauch dieses seinen Gewerbebetrieb individualisierenden Faktors einem anderen für seinen gleichartigen Gewerbebetrieb überläßt.[28]) Dies rechtfertigt es aber nicht, das Wesen derartiger Geschäfte in der Vereinbarung über Gebrauch und Nichtgebrauch eines bestimmten, das Unternehmen individualisierenden Faktors zu erblicken, und dort, wo das Gesetz von einem Veräußerungsgeschäfte spricht, wo der Verkehr einen translativen Übergang eines Vermögensobjektes erblickt, bloß eine Gestattung und Verpflichtung zur Unterlassung anzunehmen.[29]) Dieser Auffassung liegt eine Verwechslung zwischen Übertragungsmittel und Objekt der Übertragung zu Grunde; ebenso könnte man das Wesen der Übertragung von Liegenschaften oder eingelagerter Waren in der Ausstellung der intabulationsfähigen Urkunde oder der Indossierung des Lagerscheines erblicken. Die Einräumung eines vom Eigentume verschiedenen Rechtes am Unternehmen (Pacht, Nißbrauch, Pfandrecht) erklärt Geller (ZBl. 1890, S. 670 ff.), in konsequenter Durchführung seiner Ansicht, nur insofern für möglich, als an dem das Gewerbe individualisierenden Faktor, die Einräumung eines solchen Rechtes möglich ist.

4. Binder (I., S. 33 ff., Der Gegenstand, Goldschmidts Z., 59, S. 19) und Sohm (ArchBürgR. 28, S. 181, 182) gelangen auf Grund der scharfen Unterscheidung zwischen Handelsgeschäft und Handelsvermögen zu dem Ergebnis, daß das Handelsgeschäft überhaupt kein Rechtsobjekt sei. Sohm führt aus, daß es trotz der entsprechen-

---

[28]) Zur Orientierung sei hier vorläufig bemerkt, daß Vorschriften, wie sie Art. 22 HGB. und § 9 MarkG. bezüglich der Firma und Marke enthalten, bezüglich der übrigen Unternehmenskennzeichen insbesondere bezüglich des Etablissementsnamens nicht bestehen.

[29]) Eine wirkliche (translative) Übertragung derartiger Kennzeichen gibt es nicht (vgl. unten § 4). Der Einwand, den Olshausen (Das Verhältnis des Namenrechtes zum Firmenrecht, S. 65) diesen von Kohler aufgestellten Satz erhebt und damit begründet, daß dem Erwerber eines Geschäftes das Recht zur Fortführung der Firma des Veräußerers aberkannt werden kann, wenn letzterer diese Firma mit Unrecht geführt hat, beruht auf eine mangelnde Unterscheidung der Begriffe des translativen und derivativen Rechtserwerbers.

Digitized by Google

den im Gesetze gebrauchten Ausdrücke keine Veräußerung, Verpachtung, Vererbung eines Handelsgeschäftes, keinen Nießbrauch an einem solchen gebe. Geschäfte, die als Veräußerung oder Verpachtung eines Handelsgeschäftes bezeichnet werden, kommen aber im Verkehre tatsächlich vor, ohne daß Betriebsmittel, Waren, ausstehende Forderungen und andere Aktiven übertragen werden. Es muß doch schließlich eine Gegenleistung für den Kaufpreis oder Pachtzins bestehen. Entweder begründen solche Geschäfte bloß eine Verpflichtung zu einer künftigen Handlung oder Unterlassung (Konkurrenzenthaltung)[30]) oder sie bewirken eine unmittelbare Vermögensverschiebung; dann aber muß auch ein als Rechtsobjekt anerkanntes Vermögensobjekt unmittelbar aus dem Vermögen einer Person in das einer anderen übergehen. Denkbar ist zwar auch der Abschluß von Geschäften über Vermögensobjekte, die keine Rechtsobjekte sind, nicht aber die Anerkennung solcher Geschäfte durch die Rechtsordnung.[31])

§ 2.

2. Eigener Versuch einer Begriffsbildung.

Beim Versuche, einen systematisch brauchbaren Begriff des Unternehmens zu gewinnen, muß vor allem von dem zufälligen, aber nicht wesentlichen Momente, daß im Betriebe des Unternehmens eine Reihe von Sachgütern verwendet und eine Anzahl von Rechten ausgeübt wird, abgesehen werden.[1]) Auch Stellenvermittlungsbureaus, Zeitungen[2]) und ähnliche Betriebe, die übrigens zumeist unter den Begriff des Handelsgeschäftes (Art. 22) fallen, werden — wie bereits erwähnt — veräußert und verpachtet und sind auch Gegenstand der Zwangsvoll-

---

[30]) Dies stellt Binder (I., S. 34) selbst in Abrede.

[31]) Dies ist gegen Binder (I., S. 34) einzuwenden, der sich gegen die Ansicht, daß die sogenannte Veräußerung eines Handelsgeschäftes nur einen veräußerungsähnlichen Innominatkontrakt darstelle (vgl. Simon in Goldschmidts Z. 24, S. 123), wendend, erklärt, daß das Handelsgeschäft ein vom HGB. anerkannter Verkehrsgegenstand sei, diesem aber die Möglichkeit, Objekt eines subjektiven Rechtes zu sein, abspricht, da es weder Recht sei, noch rechtlichen Schutz genieße. Mit Recht findet Sohm hier einen Widerspruch mit den übrigen Ausführungen Binders über diese Materie, den Binder in seiner Entgegnung (Goldschmidts Z., 59, S. 19) nicht genügend aufgeklärt hat.

[1]) Dagegen R. Pollak (Zwangsverwaltung, S. 11), der lehrt, daß alle jene Erwerbe, die zu ihrer Durchführung der Sachen (der Produktionsmittel, des Kapitales) nicht oder nur nebenbei bedürfen, aus dem Kreise der Unternehmen ausscheiden; ebenso Ohmeyer, S. 9.

[2]) Bezüglich der Übertragung von Zeitungsunternehmen vgl. AdlCl. 724, GlU. 1235, RG. 37, S. 178.

Digitized by Google

streckung.[3]) Das den Gegenstand der genannten Geschäfte und der Beschlagnahme bildende Vermögensobjekt, das weder in den aushaftenden Geschäftsforderungen, noch in den geringwertigen Betriebsmitteln (Bureaueinrichtung usw.) besteht, ist identisch mit dem Vermögensobjekte, das die Gegenleistung für den Teil des für ein veräußertes Geschäft gezahlten Kaufpreises bildet, der den spezifizierten Wert der Waren, Geräte, übernommenen Forderungen usw. übersteigt.[4]) Dieses Objekt, um das es sich hier handelt, kann seinen Vermögenswert nur dadurch erhalten, daß es den Erfolg einer Erwerbstätigkeit sichert oder wahrscheinlich macht; denn jemand, der ein Unternehmen kauft, pachtet oder es als Nießbraucher in Betrieb nimmt, will durch künftige Arbeit erwerben. Jede Erwerbstätigkeit ist einmal von der dauernden Möglichkeit, das abzusetzende Produkt herzustellen, abhängig. Zur Herstellung eines Produktes, das um einen die Herstellungskosten übersteigenden Preis abgesetzt wird, ist in vielen Fällen die Verfügung über die nötige persönliche Arbeitskraft und die nötigen Sachgüter genügend. Jeder, der landwirtschaftliche Arbeit zu leisten im stande ist, wird durch den Besitz eines Ackers in die Lage versetzt, Bodenprodukte abzusetzen und kann durch Veräußerung dieses Ackers, jeden anderen, der der Landwirtschaft kundig ist, in die gleiche Lage versetzen; er schafft durch Bearbeitung des Ackers neben diesem kein neues Vermögensobjekt und kann auch keines übertragen. Niemand wird die Veräußerung eines Ackers als Veräußerung eines landwirtschaftlichen Betriebes bezeichnen. In vielen Fällen ist aber die dauernde Möglichkeit der Produktion ohne Rücksicht darauf, ob der Produzent der Verfügung über Sachgüter bedarf oder nicht, von dem Zusammenwirken einer Reihe von Faktoren abhängig. Derjenige, der ein Fabriksgebäude samt den erforderlichen Maschinen erwirbt, kann auch dann, wenn er die erforderlichen technischen und kommerziellen Kenntnisse besitzt, nicht sogleich mit der Fabrikation beginnen. Er muß für die ununterbrochene Lieferung der Rohprodukte, für ein geeignetes Personal Sorge tragen; erst im Laufe der Zeit wird sich auf Grund sorgfältiger Beobachtungen und verschiedener Versuche eine bestimmmte Arbeitsverteilung, ein bestimmter, stets als Richtschnur dienender Plan des Betriebes als zweckmäßig erweisen. Wer ein Zeitungsunternehmen gründen will, muß einen Plan für die Gruppierung des Stoffes ausarbeiten, er muß sich eine Anzahl ständiger Mitarbeiter

[3]) Vgl. vorläufig Schubert-Soldern, S. 421 und R. Pollak a. a. O., S. 11, die mit der vollkommen richtigen Unterstellung der im Texte erwähnten Erwerbstätigkeiten unter den Begriff des Unternehmens ihrer Definition (vgl. oben § 1, Nr. 18) untreu werden.

[4]) Vgl. Simon, Goldschmidts Z., 24, S. 123.

Digitized by Google

sichern, muß die nötigen Geschäftsbeziehungen mit Drucker, Buchhändler usw. anbahnen. Den Zustand, der vorhanden sein muß, damit eine erfolgreiche Produktion in Zukunft möglich und gesichert ist, sowie die zur Herbeiführung dieses Zustandes nötige Arbeit, wollen wir mit „Organisation der Produktionsmittel“ bezeichnen.

Weil diese Arbeit nur einmal geleistet, das zur Herbeiführung dieses Zustandes etwa notwendige Kapital nur einmal aufgewendet werden muß, im Gegensatze zu den im Laufe des Betriebes stets notwendigen neuen Aufwendungen an Kapital und Arbeit, bildet die vorhandene Organisation der Produktionsmittel für den, der sich ihrer bei seiner gewerblichen Tätigkeit bedient, einen Vermögenswert auch dann, wenn im Betriebe keine sachlichen Produktionsmittel verwendet werden. Wenn solche verwendet werden, so bildet neben ihnen die vorhandene Organisation der Produktionsmittel einen selbständigen Vermögenswert.

Neben der Möglichkeit der Herstellung bildet die Möglichkeit des tatsächlichen Absatzes des herzustellenden Produktes zu einem die Herstellungs- oder Anschaffungskosten übersteigenden Preis die Bedingung für den wirtschaftlichen Erfolg einer Erwerbstätigkeit. Die Möglichkeit des Absatzes ist allerdings schon dann vorhanden, wenn jemand über Arbeitskraft, Kapital, sachliche Produktionsfaktoren und eine Organisation der Produktionsmittel verfügt, durch deren Zusammenwirken ein den Bedürfnissen des Publikums entsprechendes Produkt hergestellt werden kann. Bei jeder Erwerbstätigkeit ist aber das Bestreben darauf gerichtet, diese Möglichkeit zur höchsten erreichbaren Wahrscheinlichkeit zu gestalten, sich für die Zukunft einen genügenden Kreis von Abnehmern zu sichern. Hat ein Gewerbetreibender (dieses Wort ist natürlich hier im weitesten Sinne genommen) durch Aufwand an Geld und Arbeit dieses Ziel erreicht, hat er im Publikum das Bewußtsein erweckt, daß die in seinem Betriebe erzeugten Produkte besser oder billiger sind als die in anderen gleichartigen Betrieben erzeugten, so hat er einen in der „gesicherten Absatzgelegenheit“ bestehenden Vermögenswert geschaffen.

Ist es jemand gelungen, eine Organisation der Produktionsmittel oder eine gesicherte Absatzgelegenheit oder beides zu schaffen, so besitzt er einen Vorteil gegenüber denjenigen, die einen gleichartigen Gewerbebetrieb erst beginnen und zur Erlangung dieser Vorteile Opfer an Geld und Zeit bringen müssen.[5])

[5]) Vgl. das erwähnte Gutachten von Glaser-Unger und RG. in Strafsachen 6, S. 76: „Die Kundschaft präsentiert einen Vermögenswert, der in

Digitized by Google

Das wirtschaftliche Leben zeigt nun die Erscheinung, daß jemand, der eine Organisation der Produktionsmittel oder eine gesicherte Absatzgelegenheit geschaffen hat, diese Vorteile unter Umständen einem andern für den von ihm zu beginnenden gleichartigen Gewerbebetrieb überlassen kann. Organisation der Produktionsmittel und gesicherte Absatzgelegenheit bilden bei Veräußerung oder Verpachtung eines Unternehmens die Gegenleistung für den Kaufpreis oder Pachtzins oder den Teil des Preises, der den Wert oder Pachtwert der vorhandenen mitübertragenen Aktiven übersteigt. Sie bilden also den Gegenstand jener Geschäfte, die als Veräußerung oder Verpachtung eines Unternehmens bezeichnet werden. Ohne vorhandene Organisation der Produktionsmittel und gesicherte Absatzgelegenheit kann man nur von dem Betriebe, nicht von dem Besitze eines Unternehmens reden; ohne Übertragung der Organisation der Produktionsmittel oder der gesicherten Absatzgelegenheit kann man nicht von einer Übertragung eines Unternehmens reden. A betreibt das Unternehmen des B, wenn er die gleiche Erwerbstätigkeit wie dieser ausübt und ihm hiebei die von B geschaffene Organisation der Produktionsmittel oder Absatzgelegenheit zu gute kommt, gleichgültig ob B seine Erwerbstätigkeit eingestellt hat oder sie weiter unter Schaffung einer neuen Organisation der Produktionsmittel oder neuen Sicherung des ständigen Absatzes weiter ausübt. A betreibt bloß ein dem von B betriebenen Unternehmen gleichartiges Unternehmen, wenn B den Betrieb seines Unternehmens eingestellt hat und A bei Beginn seiner gleichartigen, wenn auch unter Benützung der ihm von B überlassenen sachlichen Produktionsfaktoren[6]) ausgeübten Erwerbstätigkeit sich erst eine Organisation der Produktionsmittel oder gesicherte Absatzgelegenheit neu schaffen muß. Mit der Möglichkeit der Übertragung ist aber gleichzeitig die Möglichkeit der entgeltlichen Übertragung gegeben. Der Gewerbetreibende hat die Wahl, die auf Organisation der Produktionsmittel und Schaffung eines Absatzgebietes verwendete Arbeit, entweder durch fortgesetzte eigene gewerbliche Arbeit oder durch Betrauung eines anderen (Stellvertreter oder Pächter) mit der Verrichtung der zur Ausnützung dieser Faktoren nötigen Arbeit oder durch entgeltliche Überlassung dieser Faktoren an einem Dritten zu verwerten. Wo diese tatsächliche Möglichkeit gegeben ist, bildet die in der Vergangenheit

---

dem . . . . . mehr oder weniger sicheren Absatze hervortritt und erfahrungsgemäß bei der Veräußerung eines Geschäftes in der Bemessung des Preises auch ziffernmäßig unterschieden mitwirkt."

[6]) Abgesehen wird hier von dem später zu erwähnenden Falle, daß durch den Übergang eines bestimmten sachlichen Produktionsfaktors gleichzeitig der Übergang der Organisation der Produktionsmittel bewirkt wird.

Digitized by Google

geleistete Arbeit der gedachten Art einen Verkehrsgegenstand, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob das positive Recht derartige Geschäfte anerkennt, ignoriert oder verbietet.[7])

Das Unternehmen im objektiven Sinne bildet eine den Erfolg einer Erwerbstätigkeit sichernde oder fördernde Organisation der Produktionsmittel oder gesicherte Absatzgelegenheit, die der Gewerbetreibende entweder durch eigene Arbeit oder durch Überlassung an einem Dritten zum Zwecke der Förderung seiner gleichartigen Erwerbstätigkeit verwerten kann.

Zur Organisation der Produktionsmittel gehört unter anderm: Die Erforschung der Bezugsquellen für die anzuschaffenden Waren und Rohstoffe, die räumliche Ordnung der sachlichen Produktionsfaktoren (z. B. Aufstellung der Maschinen, Ordnung der Warenvorräte), die Schaffung eines Kreises von Mitarbeitern und Berichterstattern für ein Zeitungsunternehmen, die Anstellung und Schulung eines geeigneten Hilfspersonales, die Aufstellung einer den Betriebsverhältnissen entsprechenden Dienstordnung. Nicht in dem dem einzelnen Dienstvertrage entspringenden Rechte auf Dienstleistung liegt die vermögenswerte Grundlage des künftigen Betriebes, da ja dem Rechte auf Dienstleistung die Verpflichtung zur Lohnzahlung gegenübersteht und die Dienstverträge in der Regel so rasch lösbar sind, daß das Recht aus diesen Verträgen keinen Faktor bildet, in dem der Gewerbetreibende eine sichere Grundlage für den künftigen Betrieb sehen kann. Jener sichernde Faktor liegt vielmehr darin, daß es nach der tatsächlichen Erfahrung nicht wahrscheinlich ist, daß alle in einem Betriebe beschäftigten Angestellten auf einmal den Dienst verlassen, daß beim Austritt eines einzelnen der Neueintretende einen Betrieb mit bereits genau organisierter Arbeitsverteilung vorfindet, in dem ihm von vornherein das Feld seiner Tätigkeit zugewiesen ist, daß er eine Reihe von zur Unterstützung und Unterweisung bereiten Mitarbeitern, Vorgesetzten und Untergebenen vorfindet.

Die Verrichtung organisatorischer Tätigkeit der erwähnten Art bildet oft den Gegenstand selbständiger Verträge; jemand wird aufgenommen, um eine Fabrik, Handlung u. dgl. einzurichten und dann dem Besteller zum Zwecke des Betriebes zu übergeben. In dem für die organisatorische Tätigkeit gewährten Entgelte spricht sich der Vermögenswert der erfolgten Organisation aus. Die zur Organisation

[7]) Auch verbotene Lose, verbotene Sprengmittel, die nicht Gegenstand eines erlaubten und rechtlich wirksamen Geschäftes sein können, sind Gegenstände des wirtschaftlichen Verkehres, wenn die tatsächliche Geneigtheit besteht, Geschäfte über solche Sachen zu schließen und zu erfüllen.

Digitized by Google

verwendete Arbeit darf aber einerseits nicht so unerheblich sein, daß sie jederzeit leicht und mit Aussicht auf Erfolg wiederholt werden kann und darf, andrerseits nicht in der Herstellung einer neuen selbständigen Sache oder selbständigen sachenrechtlichen Einheit bestehen. Die Aufstellung und Montierung der Maschinen und Geräte in dem zum Fabriksbetriebe bestimmten Gebäude ist zweifellos eine geldwerte Leistung, deren Verrichtung die zum Fabriksbetriebe unbedingt notwendige Grundlage schafft. Der Erfolg dieser Arbeit besteht aber lediglich in der Herstellung der aus dem Fabriksgebäude und den seine Bestandteile oder sein Zubehör bildenden maschinellen Einrichtungen bestehenden sachenrechtlichen Einheit.

Die gesicherte Absatzgelegenheit muß wenigstens teilweise durch Arbeit geschaffen sein, entweder durch dauernde Hervorbringung trefflicher Leistungen, durch geschäftliche Bereisung einzelner Gebiete zum Zwecke der Erwerbung von Kunden oder durch eine während längerer Zeit ausgeübten Reklame. Nicht hieher gehört die Sicherung eines Absatzes durch ein subjektives, die Konkurrenz einschränkendes Recht (Bannrecht, Patentrecht, Gewerbekonzession), ebensowenig die Sicherung des Absatzes durch die Verfügung über einen bestimmten sachlichen Produktionsfaktor. Von mehreren Personen, die gewerbsmäßig Fahrzeuge (Mietwagen, Boote) vermieten, wird derjenige sich der meisten Kundschaft erfreuen, der das beste oder bequemste Fahrzeug zur Verfügung stellen kann; die lediglich auf der sachlichen Beschaffenheit des Produktionsfaktors beruhende Absatzgelegenheit ist aber kein selbständiges Vermögensobjekt.[7a]) In vielen Fällen wird allerdings die Sicherung künftigen Absatzes sowohl auf geleistete Arbeit als auch auf der Eigenschaft bestimmter Produktionsfaktoren beruhen; der Besitzer eines Gasthauses in einer schönen Gegend hat seine zahlreiche sichere Kundschaft sowohl durch seinen schön gelegenen Gasthausgarten als auch durch die gute Führung seiner Gastwirtschaft, die guten Speisen und Getränke, die prompte Bedienung usw. erworben. Er besitzt mehr als das zum Betriebe des Gasthausgewerbes verwendete Gebäude samt Grundstück und Einrichtung, er besitzt ein Gasthausunternehmen. Kein Unternehmen dagegen ist das Landgut. Sein Wert erschöpft sich in dem Werte des Gebäudes, der Grundstücke und des Zubehörs.[8]) Die Ordnung der Produktions-

[7a]) In diesem Falle, aber nur in diesem Falle, trifft die Bemerkung von Valery (a. a. O., S. 272), daß die sogenannte Kundschaft (achalandage) bloß eine Eigenschaft der Bestandteile des Handelsvermögens sei, zu.

[8]) Das ist m. E. das entscheidende Moment. Es läßt sich freilich nicht leugnen, daß die positiven Vorschriften der Gesetze (§ 296a BGB., § 98, Z. 2 DBGB.) bei Bestimmung der Gegenstände, die als Zubehör eines landwirt-

Digitized by Google

mittel, die Verteilung der Arbeit unter das Hilfspersonal ist eine typische, durch die der Beschaffenheit des Gutes entsprechende Wirtschaftsform gegebene. Der Absatz der Bodenprodukte ist zu bestimmten, höchstens durch die örtliche Lage und die Bodenbeschaffenheit beeinflußten Preises von vornherein gesichert.[9]) Aus der Bewirtschaftung des Landgutes wird aber der Betrieb eines Unternehmens, wenn der Organisation der Produktionsmittel ein individuelles Gepräge verliehen oder den Produkten ein besonderes nicht schon durch die geographische Lage und Bodenbeschaffenheit des Gutes gegebenes Absatzgebiet eröffnet wird. Dies ist der Fall, wenn ein Gut zum Betriebe einer Milch- oder Käsewirtschaft, ein Garten zum Betriebe einer Handelsgärtnerei usw. benützt wird; weiters dann, wenn auf dem Grundstücke solche Produkte erzeugt oder gewonnen werden, deren Absatz nicht nach gegebenen Verhältnissen bestimmt ist, sondern von der durch die Art der Wirtschaftsführung beeinflußbaren Qualität und Schaffung eines Kundenkreises gerade so wie bei Erzeugnissen der Industrie in Bezug auf Umfang und Preis abhängig ist. (Z. B. Züchtung von besonderen Geflügel, Edelobst usw.)[10]) Die notwendige Grundlage der Erwerbstätigkeit bildet auch hier ein Grundstück, aber dessen Beschaffenheit und örtliche Lage ist nicht allein die Grundlage der Sicherung des Erfolges der fortgesetzten Erwerbstätigkeit, sondern nur in Verbindung mit der

---

schaftlichen Grundstückes anzusehen sind, auf das Moment des landwirtschaftlichen Betriebes ein erhebliches Gewicht gelegt haben, und daß ohne diese positiven Bestimmungen sich die Zubehörseigenschaft dieser Gegenstände nicht aus der allgemeinen von der Gesetzgebung und Wissenschaft aufgestellten Begriffsbestimmung des Zubehörs ableiten ließe.

[9]) Im Ergebnis übereinstimmend Schubert-Soldern a. a. O., S. 419, der in dem landwirtschaftlichen Gute deshalb kein Unternehmen erblickt, weil die Gewinnung der Bodenerzeugnisse nicht Erwerb genannt werde. Ich glaube nicht, daß der Sprachgebrauch diese Behauptung bestätigt.

[10]) Als Zweige der Urproduktion, die rechtlich nicht zur Land- und Forstwirtschaft gerechnet werden, zählt der Bericht der Kommission zur Beratung des Entw. zum DHGB. (Denkschrift, S. 208—210) neben solchen Erwerbstätigkeiten, die sich von anderen gleichartigen industriellen und kommerziellen Betrieben nur dadurch unterscheiden, daß der Unternehmer die Rohstoffe aus eigenem Grunde entnimmt (Brauereien, Mühlen), auch solche Erwerbszweige, die gleich den im Texte erwähnten lediglich in der Gewinnung und Veräußerung von landwirtschaftlichen Produkten bestehen; wie Kunstgärtnereien, Kalkgewinnungen usw. Vielleicht liegt hier unbewußt der — in den Materialien allerdings nicht ausgesprochene — Gedanke zu Grunde, daß ein solcher Betrieb nicht bloß in der sachgemäßen Bewirtschaftung des Landgutes seine Grundlage hat, sondern eine bestimmte Organisation erfordert und die dem Kaufmanne eigentümliche auf Erwerbung und Sicherung eines Absatzgebietes gerichtete Tätigkeit notwendig macht.

Digitized by Google

durch Arbeit geschaffenen Organisation der Produktionsmittel und gesicherten Absatzgelegenheit.[11]) In vielen Fällen wird freilich die Abgrenzung eines Landgutes von einem Unternehmen, für dessen Betrieb ein Landgut den wichtigsten Faktor bildet, eine fließende sein. Die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung tritt hervor, wenn es sich darum handelt, den Wert eines Grundstückes nach seinem Ertrage zu ermitteln, wenn es sich darum handelt, bei einer Zwangsverwaltung eines Grundstückes zu ermitteln, was als Ertrag des Grundstückes den Hypothekargläubigern und was als Ertrag des auf dem Grundstücke betriebenen Unternehmens ihnen nicht zukommt.[12])

Auch die nicht übertragbare, bloß durch persönliche gewerbliche Tätigkeit verwertbare Organisation der Produktionsmittel und gesicherte Absatzgelegenheit stärkt die wirtschaftliche Stellung des Gewerbetreibenden, aber nicht anders als der Schriftstellername die des Trägers, das Talent die des Künstlers, die besondere Körperkraft die des Arbeiters. In allen diesen Fällen wird kein Gegenstand des rechtlichen und wirtschaftlichen Verkehrs geschaffen.[13])

---

[11]) Die Ausnützung dieser vorhandenen Organisation oder Absatzgelegenheit bietet das Merkmal für die — der praktischen Bedeutung nicht entbehrende — Unterscheidung zwischen Betrieb eines Unternehmens, dessen wichtigsten Produktionsfaktor ein Grundstück bildet und der Bewirtschaftung eines Grundstückes. Es kommt bei dieser Unterscheidung nicht auf das Verhältnis der Produktionsfaktoren Arbeit und Kapital zu einander an, auch nicht darauf, ob beim Betriebe Rohmaterialien angeschafft und andere Auslagen gemacht werden (in dieser Hinsicht gilt für den gewöhnlichen Obstgarten dasselbe, wie für eine Handelsgärtnerei); auch darauf kommt es nicht an, ob die Bewirtschaftung eines Grundstückes nur unter gleichzeitiger Verabreichung von Sachleistungen, die mit dem Erzeugnisse des Grundstückes in keinem Zusammenhange stehen, möglich ist (Verabreichung des Frühstückes an die Mieter einer Sommerwohnung). Auf solche und ähnliche Momente legt Mathiessen, ZZP. 31, S. 315 ff. bei Beantwortung der Frage ob und wann der Verwalter eines Grundstückes das auf diesem vom Verpflichteten betriebene Gewerbe fortsetzen kann, Gewicht. Die Frage deckt sich mit unserer Frage, wann noch eine Liegenschaft und wann schon ein Unternehmen vorliegt. Maßgebend ist nach der im Texte entwickelten Ansicht lediglich der Umstand, ob der bei Bewirtschaftung des Grundstückes erzielte regelmäßige Ertrag sich auf keine anderen Faktoren zurückführen läßt als die Art und Intensität der geleisteten Arbeit und die physische Beschaffenheit des Grundstückes, oder ob daneben für den Ertrag noch eine vorhandene Organisation der Produktionsmittel oder gesicherte Absatzgelegenheit bestimmend ist.

[12]) Hierüber Näheres im § 13. Vgl. vorläufig Ohmeyer, S. 46, Mathiessen a. a. O.

[13]) Daß der Gewerbetreibende auch in der Benützung der unübertragbaren Organisation der Produktionsmittel und gesicherten Absatzgelegenheit durch allgemeine oder Spezialbestimmungen einen rechtlichen Schutz genießt, tut nichts zur Sache; auch dem Personennamen kommt ja ein solcher recht-

Digitized by Google

§ 3.

II.

Die tatsächliche Verkehrsfähigkeit des Unternehmens. Mittel der Übertragung.

Der Akt, durch den eine vorhandene Organisation der Produktionsmittel einem anderen für seinen Gewerbebetrieb zugänglich gemacht wird, besteht in der Einführung in den Betrieb. Hiedurch erlangt der Eingeführte einmal die Möglichkeit, die vorhandenen sachlichen Produktionsfaktoren in der ihnen gegebenen räumlichen Ordnung zu verwenden; es besteht aber für ihn auch die auf tatsächlicher Erfahrung beruhende Wahrscheinlichkeit, daß er auch die Organisation der persönlichen Arbeitskräfte für seine Zwecke wird verwenden können. Von einer rechtlichen Übertragung der aus dem Dienstvertrage gegen die Angestellten erwachsenen Ansprüche auf Dienstleistung ist nicht die Rede; diese Ansprüche sind nicht übertragbar, auch wenn sich der Leistungsinhalt durch die Abtretung nicht ändern würde[1]); es besteht aber die Wahrscheinlichkeit, daß die Angestellten, trotz Wechsels in der Person des Dienstherrn, das Dienstverhältnis fort-

licher Schutz zu statten. Man kann in den im Texte vorausgesetzten Fällen von einem Rechte an der Organisation der Produktionsmittel oder der Absatzgelegenheit ebenso reden, wie von einem Rechte an einem Namen. Die Frage, ob hier Vermögensrechte, Bestandteile des Vermögens vorliegen, ist eine zwecklose, nachdem ein einheitlicher Begriff des Vermögens nicht besteht, daher keine der in der Literatur zum Zwecke der wissenschaftlichen Systemisierung aufgestellten Definitionen des Vermögens als richtig oder falsch bezeichnet werden kann (Binder, Goldschmidts Ztschr. 59, S. 25). Zuzugeben ist aber, daß der von Sohm (ArchBürgR. 28, S. 186) aufgestellte Begriff des Vermögens, nach dem nur übertragbare Rechte Bestandteile des Vermögens bilden, den meisten gesetzlichen Bestimmungen, die vom Vermögen handeln, zu Grunde liegt. Nur veräußerliche oder wenigstens der Ausübung nach übertragbare Rechte können Gegenstand der Übertragung eines Vermögens (§ 419 DBGB.), des Nießbrauches an einem Vermögen (§ 1085 DBGB.), der Schenkung eines Vermögens (§ 944 ABGB.), der Einbringung in eine das gesamte Vermögen umfassende Gesellschaft (§ 1176 ABGB.), der Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners der Beschlage im Konkurse über das Vermögen des Schuldners (§ 1 KO., § 1 DKO.) sein. Daneben gebraucht das Gesetz den Ausdruck Vermögen auch in einem anderen Sinne, im Sinne von „vermögensrechtlicher Stellung", z. B. § 166 ABGB. (vgl. Binder a. a. O., S. 37).

[1]) Krainz-Ehrenzweig, § 329, N. 3; Hasenöhrl, Das österreichische Obligationenrecht, § 73, N. 32; jetzt ausgesprochen in § 613 DBGB. Vgl. übrigens § 16, Abs. 3 des Entw. zum Handlungsgehilfengesetz: Wird das Unternehmen des Dienstgebers veräußert, so muß der Dienstnehmer das Dienstverhältnis, in das er nicht eintreten will, innerhalb einer Woche nach Erwerb des Unternehmens gegen den Rechtsnachfolger zur Auflösung bringen.

Digitized by Google

setzen werden, wenn der Inhalt der Dienstleistung, das Entgelt und die Art des Betriebes keine Änderung erfährt[2]) und diese tatsächliche Wahrscheinlichkeit wird noch erhöht, da die Auflösung des Dienstverhältnisses für den Angestellten gewisse Rechtsnachteile zur Folge haben kann.[3]) Wird aber das Dienstverhältnis mit dem neuen Prinzipal fortgesetzt, so erfolgt die Weiterleistung der Dienste naturgemäß im Rahmen der Organisation, die der frühere Prinzipal seinem Betriebe gegeben hat; die Organisation bleibt also auch für den Nachfolger erhalten und für ihn verwertbar, und zwar auch dann, wenn gegen die begründete Erwartung einzelne Angestellte das Dienstverhältnis mit dem neuen Prinzipal nicht fortsetzen; derartige Lücken lassen sich immer leicht ergänzen, ohne daß die Gesamtorganisation der Arbeitskräfte in ihrem Bestande alteriert würde. Was von den Dienstleistungen der Angestellten gesagt wurde, gilt auch für die Personen, die, ohne in einem ständigen Dienstverhältnisse zum Prinzipale zu stehen, einem bestimmten Unternehmen ihre Arbeit bloß gelegentlich widmen, wie z. B. die ständigen Mitarbeiter einer Zeitung. Eine allgemeine Regel läßt sich nicht aufstellen, worin im einzelnen Falle der Akt, der als Einführung in den Betrieb bezeichnet wurde, besteht. Bezieht sich die Organisation der Produktionsmittel bloß

---

[2]) Treffend bemerkt Liszt (Lehrb. des österr. Preßrechtes, S. 124) bezüglich der Übertragung von Zeitungsunternehmungen: „Die Mitarbeiter haben sich zusammengefunden, Ehre und Brot bei der Unternehmung zu erringen, sie werden ohne zwingenden Grund die Fahne nicht verlassen, unter der sie so lange gekämpft haben."

[3]) Dem Gehilfen, der die vom neuen Geschäftsherrn angebotene Fortsetzung des Dienstverhältnisses unter den bestehenden Bedingungen ablehnt, kann bei Geltendmachung seines Anspruches auf Ersatz des durch die vorzeitige Auflösung des Dienstverhältnisses entstandenen Schadens eingewendet werden, daß dieser Schade nicht entstanden wäre, wenn der Gehilfe die vom Erwerber des Unternehmens angebotene Gelegenheit zur Dienstleistung benützt hätte. (§ 1155 ABGB., § 615 DBGB., Staub, Anm. 27 zu § 70.) — Wird das Dienstverhältnis mit dem neuen Prinzipal fortgesetzt, so liegt trotz der Identität des Unternehmens ein Wechsel in der Person des Dienstherrn im Sinne des § 299, Abs. 2 EO. vor. Daher erstreckt sich das an den Dienstesbezügen erworbene exekutive Pfandrecht nicht auf die gegen den Erwerber des Unternehmens, mit dem das Dienstverhältnis fortgesetzt wird, entstehenden Lohnansprüche. Über diese Frage haben in jüngster Zeit die Gerichte gelegentlich der Verstaatlichung der Nordbahn widersprechende Entscheidungen gefällt. In diesem Falle war allerdings auch zu erwägen, ob § 299, Abs. 2 EO. a. E. sich auch auf den Fall der Universalsukzession bezieht und ob die Verstaatlichung einer Aktiengesellschaft überhaupt und im konkreten Falle eine solche Universalsukzession darstellt. (Vgl. die Mitteilungen aus der Judikatur von Sternberg GH. 1907, S. 597).

Digitized by Google

auf sachliche Produktionsfaktoren, so ist deren Überlassung — es muß nicht gerade eine Überlassung zu Eigentum sein — in der zum Betriebe nötigen Ordnung genügend. Die auf Herstellung einer solchen Ordnung beschränkte Arbeit wird allerdings selten von solcher Erheblichkeit sein, daß mit der Übertragung der zum Betriebe geordneten Produktionsmittel ein von deren Sachwert verschiedener Vermögenswert mitübertragen wird. Es sind aber solche Fälle denkbar, z. B. wenn eine zweckentsprechende Ordnung der Produktionsmittel erst auf Grund einer durch fortgesetzte Ausübung des Betriebes gewonnenen Erfahrung möglich ist; man denke an die Überlassung eines Ladens samt Waren, deren Gattung, Verpackung, vorhandene Quantität auf Grund geschäftlicher Erfahrung genau den Bedürfnissen des Publikums des Betriebsortes angepaßt ist. Die Übertragung der in der Organisation der persönlichen Arbeitskräfte gelegenen Grundlage für die Fortsetzung des Gewerbebetriebes besteht in der Setzung solcher Tatsachen, die nach den Erfahrungen des wirtschaftlichen Verkehres geeignet sind, bei den für das Unternehmen arbeitenden Personen die Geneigtheit hervorzurufen, das Arbeitsverhältnis mit dem neuen Prinzipal fortzusetzen. Überlassung der bisher benützten Betriebsstätte oder bestimmter anderer sachlicher Produktionsfaktoren (Gebäude, Fahrzeuge) ist hiezu nicht immer notwendig; eine ausgebildete Organisation der Produktionsmittel kann auch ohne Vorhandensein einer Betriebsstätte oder der erwähnten anderen Produktionsmittel vorkommen. Oft wird eine bloße Vorstellung des neuen Prinzipals gegenüber den Angestellten, verbunden mit der Erklärung, daß Inhalt der Dienstleistungen, Entgelt hiefür und Form des Betriebes keine Änderung erfahren werden, genügen.

Unter Übertragung der Absatzgelegenheit kann nur ein solcher Akt verstanden werden, der die tatsächliche Wirkung hat, daß die bestehende Absatzgelegenheit, die Wahrscheinlichkeit des Absatzes, unmittelbar auf einen anderen übergeht. Es scheiden also diejenigen Fälle aus, in denen der Übergang einer bestehenden Absatzgelegenheit von einem bestimmten dauernden Verhalten (Handeln oder Unterlassen) desjenigen abhängig ist, der seine Absatzgelegenheit übertragen will; es sind dies die zahlreichen Fälle, in denen die Konkurrenzenthaltung eines Gewerbetreibenden genügt, um seine Kundschaft einem anderen, der ein gleiches Gewerbe am selben Orte beginnt, zuzuführen, bei dem sie aber nur so lange in gleichem Umfange verbleibt, als die Konkurrenz wirklich unterlassen wird.[4]) Ferner die Fälle, in denen

[4]) Ein typisches Beispiel: Der einzige am Ort ansässige Arzt verkauft seine Praxis dadurch, daß er sich gegenüber dem Arzte, der sich am selben Orte niederläßt, verpflichtet, in diesem Orte nicht mehr zu praktizieren.

Digitized by Google

der Übergang der Absatzgelegenheit von einem bestimmten dauernden positiven Tun des Übertragenden, z. B. stete Verweisung der Kunden auf den Nachfolger abhängig ist.[5]) Eine deutliche Unterscheidung dieser rechtlich verschiedenen, im Verkehre ungenauerweise mit dem gleichen Ausdrucke „Gewerbeabtretung" bezeichneten Vorgänge findet sich bei Geller (ZBl., 1890, S. 603). Nur durch jenen Akt, der sofort den Übergang der Absatzgelegenheit bewirkt, ist ein Vermögensobjekt übertragen worden, während durch eine auf Konkurrenzenthaltung oder Kundenverschaffung gerichtete Vereinbarung nur eine Verpflichtung geschaffen wird, den Kundenkreis, den ein anderer auf originäre Weise erwirbt, durch Konkurrenz nicht zu schmälern oder einem anderen durch wiederholte Empfehlungen stets Abnehmer für seine Produkte zu verschaffen. Im ersten Falle liegt ein Verfügungsgeschäft, ein die Zuständigkeit eines bestimmten Vermögensobjektes, nämlich der Absatzgelegenheit unmittelbar änderndes Rechtsgeschäft, ein Veräußerungsgeschäft, im anderen Falle bloß ein Verpflichtungsgeschäft vor.[6])

---

[5]) Bei GlUW. N. F. Nr. 1437 wurde die Abtretung einer Advokaturskanzlei, die in der Weise erfolgte, daß der Veräußerer sich verpflichtete, an dem betreffenden Orte die Advokatur nicht mehr auszuüben und seinen Nachfolger den Klienten zu empfehlen, nicht als Kauf, sondern als Innominalkontrakt angesehen.

[6]) Vgl. Sohm, Der Gegenstand, S. 7. Die Absatzgelegenheit, die unmittelbar von einem auf den anderen übertragen wird, bildet den Verfügungsgegenstand des in dem Übertragungsakte liegenden Verfügungsgeschäftes. Simon (Goldschmidts Z., 24, S. 123), Behrend (Ztschr. für Gesetzgebung und Rechtspflege, 4, S. 449), Valery (a. a. O., S. 272 bis 274) erblicken in der sogenannten Veräußerung der Kundschaft nur einen veräußerungsähnlichen Innominatkontrakt; ähnlich RG., 37, S. 178, OLG. Hamburg in SeuffA., 40, Nr. 194. (In den Gründen dieses Erkenntnisses heißt es: „Allerdings kommen nicht selten Kaufverträge über Geschäfte vor, wo ein höherer Preis, als der Wert des Warenlagers beträgt, gezahlt wird, aber derartige Verträge sind keine Kaufverträge, sie haben eine persönliche Leistung des sein Geschäft Abtretenden: Erlaubnis der Weiterführung der Firma, Empfehlung an die Kunden usw. zum Gegenstande.") Hiebei wird eben nicht an die unten im Texte näher darzulegenden Fälle gedacht, in denen infolge eines einzelnen Aktes ohne Eingehung einer Verpflichtung zu einer künftigen Handlung oder Unterlassung die Absatzgelegenheit von einer Person auf eine andere übergeht. Es ist nicht zutreffend, daß Binder (I., S. 36) für die Entscheidung der Frage, ob das Handelsgeschäft einen Verkehrsgegenstand bildet, der Frage, ob die sogenannte Veräußerung juristisch in Form des Innominatvertrages oder des Veräußerungsgeschäftes vor sich geht, keine Bedeutung beilegt. Die von Sohm (Der Gegenstand, passim) ermittelte Beziehung zwischen Verfügungsgeschäft (wozu auch das Veräußerungsgeschäft gehört und zu dem den Gegensatz das Verpflichtungsgeschäft bildet) und Gegenstand muß zu der im Texte angedeuteten Unterscheidung führen: Wo nach der Sachlage die tatsächlichen

Digitized by Google

Eine Übertragung der Absatzgelegenheit ist ausgeschlossen, wenn die Hoffnung auf Absatz nicht nur durch die im Gewerbebetriebe betätigte persönliche Arbeit erworben, sondern auch in ihrem Fortbestande an die Person des Gewerbetreibenden geknüpft ist. Der Verkehr lehrt jedoch, daß der Fortbestand der durch persönliche Arbeit eines Gewerbetreibenden gewonnenen Absatzgelegenheit nicht immer an dessen Person gebunden ist. Diese Verkehrserscheinung ist teilweise eine sachlich begründete, teilweise beruht sie auf rein psychologischen Momenten.[7]) Sie ist eine sachlich begründete, wenn die Qualität der Produkte, die ihnen das Absatzgebiet eröffnet hat, nicht so sehr auf der fortgesetzten persönlichen Arbeit des betreffenden Gewerbetreibenden, als auf der von ihm geschaffenen Organisation des Betriebes beruht. In einem solchen Falle kann mit dem Übergange der Organisation der Produktionsmittel gleichzeitig die Absatzgelegenheit übergehen, wenn dieser Übergang, sei es infolge öffentlicher Kundmachung oder infolge der typischen, nach außen hervortretenden Form der Organisation, dem Verkehr gegenüber offenbar wird, z. B. beim Übergange einer Fabrik, eines Theaters usw.[8])

In der Regel wird die Übertragung der Absatzgelegenheit auf andere Weise bewirkt. Beruht die Absatzgelegenheit auf der im Ver-

---

Geschäftsbeziehungen, insbesondere das Absatzgebiet, nur dadurch übertragen werden können daß der Veräußerer ein bestimmtes Tun oder Unterlassen für die Zukunft verspricht, ist nicht über einen Gegenstand verfügt, sondern bloß eine Verpflichtung übernommen worden. Wo jedoch die Übertragung endgültig durch einen einzigen Akt bewirkt wird, bewirkt dieser Akt — man könnte ihn als eine Art Tradition bezeichnen — eine unmittelbare Veränderung der Rechtlage des mit Absatzgelegenheit bezeichneten Vermögensobjektes bezüglich seiner Zuständigkeit. — Die übliche Redewendung „Veräußerung der Kundschaft“ (vgl. auch Krainz-Ehrenzweig, § 364, N. 18) ist ungenau und zu vermeiden. Man kann darunter verstehen: 1. Die Abtretung der Rechte aus den mit einer Reihe von Abnehmern geschlossenen Verträgen, soweit eine solche Abtretung überhaupt möglich ist. 2. Die persönliche Verpflichtung zu Unterlassungen und Handlungen (Konkurrenzenthaltung, Empfehlung), die nach der persönlichen Erfahrung bewirken, daß die bisherigen Abnehmer der Produkte des Veräußerers sich an den Erwerber wenden. 3. Dasjenige, was im Texte unter Veräußerung der Absatzgelegenheit verstanden wird.

[7]) Vgl. Ehrenberg, Das Wesen der Firma, Goldschmidts Z., 28, S. 53, Schuler, Concurrence deloyale, S. 11, O. Mayer, Die concurrence deloyale, Goldschmidts Z., 26, S. 395: „Die Neigung der Abnehmer wird nicht immer durch ihre vernünftige Erwägung allein geleitet, sie geht nach der Bequemlichkeit, nach unklaren Gefühlen, es muß auf die Sinne gewirkt werden . . . .“

[8]) In diesen Fällen spielt freilich auch das erwähnte psychologische Moment eine Rolle.

Digitized by Google

kehre bekannten Tatsache, daß in einem bestimmten Gewerbebetriebe geeignete Produkte erzeugt werden, so knüpft sich die Vorstellung dieser Tatsache nicht immer an die Person des Gewerbetreibenden, sondern oft an irgend einen im Gewerbebetriebe nach außen deutlich hervortretenden Faktor.[9]) Als solche Faktoren kommen neben der bereits erwähnten, dem Verkehr sich einprägenden typischen Gestaltung der Organisation der Produktionsmittel gewisse sachliche Produktionsfaktoren, die sich durch ihre Erscheinung von anderen der gleichen Art unterscheiden (Betriebsanlage, Betriebslokal, Fahrzeuge von individueller Beschaffenheit oder mit individuellen Namen) der im Gewerbebetriebe verwendete Name, der bürgerliche oder Handelsname des Gewerbetreibenden, der Name seines Etablissements, der Name des Erzeugnisses (Marke oder Titel) in Betracht. Hiebei ist an den Titel gedacht, unter dem in regelmäßiger Wiederkehr literarische oder künstlerische Leistungen dargeboten werden. Geller erwähnt in dieser Richtung nur den Zeitungstitel; es gehören aber hieher auch Theater- und Musikaufführungen, die in periodischen Zeiträumen unter dem gleichen, dem Verkehr bekannten Namen wiederholt werden.[10])

Zu beachten ist aber, daß nicht immer dort, wo in einem Gewerbebetriebe eines der genannten Momente vorkommt, dieses einen das Gewerbe gegenüber dem Publikum individualisierenden Faktor mit der Wirkung bilden muß, daß die Neigung des Publikums, die in dem Gewerbebetrieb erzeugten Leistungen entgegenzunehmen, gerade an dieses Moment geknüpft ist. So wird bei einem Bankiergewerbe das Lokal, in dem die Bureaus untergebracht sind, für die Erhaltung des Kundenkreises kaum von Bedeutung sein; das Gegenstück bildet der Betrieb eines Gasthauses, bei dem die Erhaltung des erworbenen

---

[9]) In dieser Form ist der Gellersche Gedanke, daß sich die Kundbarkeit der Umsatzbereitschaft des Subjektes zu den durch den Namen des Unternehmens bezeichneten Umsätzen nicht nur an die Person des Unternehmers, sondern auch an einen anderen konstanten spezifischen Faktor des Unternehmens knüpft, zu akzeptieren. Gegen die Formulierung Gellers ist einzuwenden, daß es sich nicht um die Kenntnis von der Umsatzbereitschaft handelt, sondern um die Kenntnis, daß die umzusetzenden Produkte zur Befriedigung der Bedürfnisse geeignet sind.

[10]) Kurz, der Titel, der einen in der Darbietung künstlerischer oder wissenschaftlicher Leistungen bestehenden Betrieb bezeichnet, zum Unterschiede von dem Titel, der das einzelne Erzeugnis eines solchen Betriebes (die einzelne Schrift oder einzelne Vorstellung) bezeichnet. (Vgl. Schuler a. a. O., S. 151, Chr. Finger, Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, S. 226). Der Schutz des § 22 UrhG. bezieht sich auch auf solche Titel.

Digitized by Google

Kundenkreises von der Identität des Betriebslokales abhängig ist.[11]) Auch die Firma ist nicht immer der Faktor, der einen Gewerbebetrieb gegenüber dem Verkehr individualisiert; bei Apotheken, Gasthäusern, Kaffeehäusern[12]) hat sich das Publikum gewöhnt, nur auf den Etablissementsnamen zu sehen und den bürgerlichen Namen oder die Firma des Unternehmens nicht zu beachten. Bei Zeitungsunternehmungen ist in der Regel die Firma des Eigentümers dem Publikum völlig unbekannt. Auch bei Gewerbebetrieben anderer Art ist in einzelnen Fällen in der Vorstellung des Publikums nicht der Name, die Firma des Gewerbetreibenden, sondern nur der Name des Etablissements lebendig und knüpft sich die die Grundlage des sicheren Absatzes bildende Vorstellung, in diesem Gewerbebetriebe geeignete Produkte zu erhalten, nur an die Bezeichnung des Etablissements.[13]) Die vom Gesetze für unzulässig und unwirksam erklärte bloße Übertragung der Firma wäre also gar nicht immer geeignet, den Übergang der Absatzgelegenheit zu vermitteln. Auch der Titel einer periodischen Druckschrift hat zwar in der Regel, aber nicht immer die Bedeutung, daß die Erhaltung des Leserkreises an den Fortbestand dieses Titels geknüpft ist und die Übertragung des Rechtes an dem Titel[14]) zur Übertragung des Leserkreises nötig und genügend ist. Bei Zeitungen kann die Art der Organisation des Betriebes (die Namen der Mitarbeiter, Inhalt und Gruppierung des Stoffes) in der Vorstellung des Leserkreises so lebendig sein, daß die Neigung, eine bestimmte Zeitung zu halten, an diese Momente ebensosehr oder noch mehr als

---

[11]) Vgl. Valery a. a. O., S. 271. Vorausgesetzt ist, daß die Bedeutung des das Gewerbe gegenüber dem Verkehr individualisierenden Betriebslokales nicht so weit geht, daß dessen Benützung die einzige Grundlage für die Sicherung des Absatzes der dort erzeugten Produkte bildet. Ist dies der Fall, so wird mit der Überlassung des Betriebslokales nur dieses, eventuell das dingliche oder obligatorische Benützungsrecht, aber nicht daneben noch ein anderes Vermögensobjekt übertragen.

[12]) Anerkannt ist vom OGH. die Verpflichtung zur Eintragung der Firma: für Apotheker (Links 6146), für Gastwirte, deren Betrieb über den Umfang des Handwerkes hinausgeht — diese Einschränkung ist übrigens gesetzlich nicht begründet — (NotZ., 1905, Nr. 8, ZBl., 1905, Nr. 404), für Cafetiers (ZBl., 1904, Nr. 404).

[13]) Besonders das Wiener Geschäftsleben bietet einige interessante Beispiele dieser Art; einige Warengeschäfte sind in Wien bloß durch den Etablissementsnamen bekannt und berühmt. Bloß der Übergang des letzteren wäre im Falle eines Wechsels in der Person des Gewerbeinhabers geeignet, das erworbene Absatzgebiet zu erhalten; die Übertragung der Firma würde kaum von erheblichem Einfluß sein.

[14]) Das Recht an dem Titel ist in der Regel kein Urheberrecht, sondern bloß ein Persönlichkeitsrecht.

Digitized by Google

an den Titel gebunden ist. Man braucht nur an den häufigen Fall der Fusionierung zweier Zeitungen zu denken, wo doch der Titel der einen untergehen muß.[15])

Die durch Überlassung der Organisation der Produktionsmittel und bestimmter sachlicher Produktionsfaktoren[16]) vermittelte Übertragung der Absatzgelegenheit ist unabhängig von der Rechtsordnung; sie ist die tatsächliche Wirkung gewisser wirtschaftlicher Veränderungen, die in den Rahmen der allgemein anerkannten Rechtsgeschäfte fallen. Dagegen ist die Möglichkeit der Übertragung der Absatzgelegenheit durch Überlassung des Gebrauches der erwähnten im Gewerbebetriebe vorkommenden Bezeichnungen, an die sich im Verkehr die Vorstellung von einem bestimmten Gewerbebetriebe knüpft, von dem Verhalten der Rechtsordnung abhängig. Diese Möglichkeit ist nur vorhanden, wenn die Rechtsordnung die Übertragung derartiger Bezeichnungen zuläßt und anerkennt, d. h. den Gebrauch dieser Bezeichnung dem Erwerber gestattet und ihn in diesem Gebrauche wie den Vorgänger schützt.[16a])

Auch die Übertragung der bloß an den bürgerlichen Namen[17]) des Gewerbetreibenden gebundenen Absatzgelegenheit ist nicht schlechthin unmöglich. Das Namenrecht ist zwar nicht übertragbar, aber ein Verzicht auf Geltendmachung dieses Rechtes gegenüber einer bestimmten Person, der der Gebrauch eines bestehenden Namens innerhalb eines bestimmten Tätigkeitskreises, z. B. bei Führung eines be-

---

[15]) Daher nicht für alle Fälle zutreffend der Ausspruch des Oberhofgerichtes Mannheim bei SeuffA., 15, Nr. 59: „Die Herausgabe einer Zeitung ist ein gewerbliches Unternehmen, bei welchem sich erfahrungsgemäß an den Titel der Zeitung ein gewisser Kreis von Abnehmern und solchen, die das Blatt zu öffentlichen Ankündigungen benutzen, schließt." Vgl. auch Roßhirt, Das sog. Zeitungseigentum (Goldschmidts Z., 6, S. 65) und das mehrfach erwähnte Gutachten von Glaser-Unger, wo das Wesen des Zeitungseigentums im engsten Zusammenhange mit dem Rechte am Zeitungstitel gebracht wird.

[16]) Mit ihnen müssen nicht notwendigerweise auch die realen Grundlagen des erworbenen Absatzgebietes mitübertragen werden; man denke an die Übertragung eines Betriebslokales, das bloß durch seine markante örtliche Lage den dort ausgeübten Gewerbebetrieb gegenüber dem Publikum individualisiert.

[16a]) Daß dieser im Gebrauche der Bezeichnung geschützt wird, ist hier vorausgesetzt.

[17]) Darüber, daß auch nach österr. Rechte, trotz Fehlens einer dem § 12 DBGB. analogen Bestimmung, ein Privatrecht am Namen und ein privatrechtlicher Schutz dieses Rechtes besteht, vgl. die eingehenden Ausführungen Em. Adlers (Das Recht am Namen nach österr. Zivilrechte, Grünhuts Ztschr., 31, S. 50 ff.).

Digitized by Google

stimmten Gewerbes gestattet wird, ist nicht ungültig.[18]) Damit ist aber bloß der privatrechtliche Anspruch des Namensträgers auf Unterlassung des Gebrauches seines Namens beseitigt. Für den Begünstigten hat dieser Verzicht nur dann einen Wert, wenn dem Gebrauche eines fremden Namens im Gewerbebetriebe keine unabhängig von dem privatrechtlichen Untersagungsrechte wirksamen öffentlichrechtlichen Vorschriften entgegenstehen und auch ein Schutz für den Gebrauch eines mit Gestattung des ursprünglichen Namensträgers geführten fremden Namens besteht. In der ersterwähnten Richtung ist § 49, Z. 1 GewO. anzuführen, der den Gebrauch eines dem Gewerbetreibenden nicht zustehenden Namens im Gewerbebetriebe als Offizialdelikt straft, und zwar ohne Rücksicht auf Bestand und Geltendmachung des in § 46 GewO. geregelten privatrechtlichen Verbietungsrechtes.[19]) Nicht verboten ist aber durch diese Bestimmung die Verwendung eines fremden Namens zur Bezeichnung des früheren Geschäftsinhabers, z. B. „N. N.'s Nachfolger", wenn wirklich eine die Bezeichnung Nachfolger sachlich rechtfertigende Übertragung stattgefunden hat[20]) und der frühere Inhaber der Verwendung seines Namens zustimmt.[21]) Unter diesen Voraussetzungen ist aber der Gewerbetreibende in dem Gebrauche des Namens seines Geschäftsvorgängers auch gegenüber Dritten geschützt (§ 46, Abs. 1 GewO.).[22]) Nicht durch die bezogenen

---

[18]) Vgl. Olshausen, Das Verhältnis des Namenrechtes zum Firmenrechte (1902), S. 56; Pinner, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, S. 107; Chr. Finger a. a. O., S. 208 (Erteilung von Lizenzen zur Verwendung des Namens im Gewerbebetriebe).

[19]) § 46 GewO. regelt eben die privatrechtlichen Wirkungen, die die Verwendung eines fremden Namens im Gewerbebetriebe nach sich zieht, während § 49 GewO. die Verwendung eines fremden Namens im Gewerbebetriebe vom öffentlichrechtlichen Gesichtspunkte aus untersagt; es besteht also zwischen diesen beiden Gesetzesstellen ein ähnliches Verhältnis wie zwischen Art. 27 und 26 HGB. (vgl. Budw. A. 181, O. Komorzynski, Handel, S. 33; teilweise anderer Ansicht Em. Adler a. a. O., S. 32, N. 45).

[20]) Sonst ist die Anführung des Nachfolgerverhältnisses keine sachlich entsprechende Bezeichnung (vgl. O. Komorzynski, S. 33, und Budw. 3555). Im übrigen ist auf dasjenige zu verweisen, was bei Erörterung der Voraussetzungen des Firmaüberganges (Art. 22, 23 HGB.) ausgeführt erscheint.

[21]) Dieses Erfordernis leitet O. Komorzynski a. a. O. mit Recht aus § 46, Abs. 1 GewO. ab; der gleichen Ansicht für das deutsche Recht Pinner a. a. O., S. 107.

[22]) Es ergibt sich auf diese Weise bezüglich der Einräumung des Rechtes, den bürgerlichen Namen im Gewerbebetriebe zu verwenden, auf Grund der GewO. ein ähnlicher Rechtszustand wie im französischen Rechte. Dort gestattet die Praxis dem Erwerber eines fonds de commerce auch bei Einwilligung des Veräußerers, dessen Firma nur in der Weise zu gebrauchen, daß diese dem bürgerlichen Namen des Erwerbers hinzugefügt wird (vgl.

Digitized by Google

Vorschriften der GewO. verboten erscheint die Verwendung eines fremden Namens mit Einwilligung des Trägers dann, wenn dieser Name nicht den Gewerbetreibenden als solchen, sondern bloß ein bestimmtes Unternehmen bezeichnet; so ist z. B. die Bezeichnung „Röders Hotel zum schwarzen Adler, Georg Müller" zulässig, wenn Müller das genannte Hotel von Röder wirklich erworben und dieser die Zustimmung zur Verwendung seines Namens als Bezeichnung des Etablissements erteilt hat. In der Praxis werden solche Bezeichnungen zugelassen, in deren Gebrauche als Etablissementsbezeichnung auch der Erwerber gegen Dritte geschützt ist.[23])

Außerhalb des Anwendungsgebietes der Gewerbeordnung[24]) und des HGB. steht der Verwendung eines fremden Namens im Gewerbebetriebe zwar keine öffentlichrechtliche Vorschrift entgegen. Verboten ist nur der Gebrauch eines fremden Namens gegenüber den Behörden — in dieser Hinsicht ist also der Verzicht auf Geltendmachung des privatrechtlichen Untersagungsrechtes wirksam; jedoch genießt der Gebrauch dieses fremden Namens nach dem geltenden Gesetze gegenüber Dritten keinen Schutz.[25])

Die Stellung der Gesetzgebung zur Übertragung der übrigen hier in Betracht kommenden Bezeichnungen ist eine verschiedene. Die Firma kann gemäß Art. 23 HGB. (§ 23 DHGB.) nicht abgesondert von dem Geschäfte, für das sie geführt wird, übertragen werden.[25a]) Die bereits oben (§ 2, N. 6) mitgeteilte Ansicht, daß unter Handelsgeschäft nicht das Handelsvermögen, die Summe der mit dem

---

die Mitteilungen bei Stegemann, S. 72). — Der Entwurf zu einem Gesetze, betreffend die Änderung und Ergänzung der GewO. (Nr. 2596 der Beilagen zu den stenogr. Prot. des AH., 17. Sess.) bestimmt in § 46: „. . . gestattet sind insbesondere Zusätze, welche auf einen früheren Inhaber des Geschäftes hinweisen, wenn letzterer, bezw. dessen Erben hiezu ihre Zustimmung erteilen."

[23]) Die Bestimmung des in der vorhergehenden Note mitgeteilten Entwurfes deckt auch diese Fälle.

[24]) Eine Ausdehnung der Vorschriften der GewO. über Namensführung im Verordnungswege auf einzelne der in Art. V des KundmPat. zur GewO. vom Geltungsbereiche der GewO. ausgenommenen Unternehmungen ist in § 47 des Entw. zum UnlWG. vorgesehen.

[25]) Über die nicht unbestrittene Frage, wie weit nach dem deutschen UnlWG. der im Gewerbebetriebe (mit Einwilligung des Namensträgers) gebrauchte fremde Name Schutz genießt, vgl. Chr. Finger a. a. O., S. 208.

[25a]) Thöl (Praxis des Handels- und Wechselrechtes, S. 5) bemerkt ganz richtig, daß Art. 22 nur ausspricht, daß der Erwerb eines Handelsgeschäftes noch nicht die Befugnis zur Fortführung der Firma in sich schließt.

Digitized by Google

Handelsbetriebe in Zusammenhang stehenden Aktiven gemeint sei[26]), steht auch mit der ratio der in Rede stehenden Bestimmung im Einklange. Das Gesetz will einerseits den wirtschaftlichen Wert, den das an eine bestimmte Firma geknüpfte Vertrauen der Geschäftswelt für den Firmainhaber darstellt, erhalten, andrerseits verhindern, daß jemand durch Annahme einer bestehenden Firma das bisher einem anderen gewährte Vertrauen ausnützt, wenn von vorneherein feststeht, daß die tatsächlichen Grundlagen dieses Vertrauens nicht vorhanden sind. Die reale Grundlage des nicht gerade an die Person geknüpften Vertrauens, das ein Gewerbetreibender bei seinen Abnehmern und Lieferanten genießt, bildet aber nicht sein Geschäftsvermögen — wenigstens nicht mehr als sein Privatvermögen[27]) — sondern sein Unternehmen, und zwar gegenüber den Kunden die vorhandene Organisation der Produktionsmittel, gegenüber den Lieferanten die vorhandene Absatzgelegenheit. Die Abnehmer bleiben dem Träger einer Firma treu, weil sie in der diesem zur Verfügung stehenden Organisation der Produktionsmittel eine Gewähr für die gewünschte Beschaffenheit des Produktes erblicken; der Kredit, den der Lieferant einem Gewerbetreibenden gewährt, ist insofern an die Firma geknüpft, als beim Kreditgeber die Vorstellung besteht, daß der Firmenträger für seine Produkte sicheren Absatz und die diesem gestundete Forderung

---

[26]) Hiezu ist noch folgendes zu bemerken: Das deutsche Reichsgesetz vom 12. Mai 1894 zum Schutze der Warenbezeichnungen bestimmt in § 7, daß die Übertragung des Warenzeichens nur zusammen mit dem Geschäftsbetriebe, für den das Warenzeichen besteht, zulässig ist, während nach dem früheren deutschen Markenschutzgesetz das Warenzeichen das Schicksal der Firma, für die es begründet war, teilte, also im Hinblick auf Art. 23 HGB. nur gleichzeitig mit dem Geschäfte übertragbar war. Bei der Neutextierung des in Rede stehenden Gesetzes sollte an der zuletzt erwähnten Voraussetzung nichts geändert werden, nur von der Notwendigkeit, auch die Firma mitzuübertragen, sollte abgesehen werden. (Vgl. die Begründung des Entw. zu einem Ges. betr. den Schutz des Warenzeichens. Stenogr. Berichte der Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, 2. Sem., 1. Anlageband, S. 510, dazu RG., 56, Nr. 90, Gierke, Deutsches Privatrecht, 1., S. 739, N. 70.) Daß Geschäftsbetrieb nicht so viel bedeutet wie Geschäftsvermögen, erscheint wohl selbstverständlich.

[27]) Vgl. Simon in Goldschmidts Z., 24, S. 119 und unten § 14. Auch nicht jene Bestandteile des Geschäftsvermögens, die die Fortführung des Geschäftsbetriebes ermöglichen, deren Erwerb die Kontinuität des Betriebes vermittelt, bilden die Kreditgrundlage des Kaufmannes. (Dies gegen die oben § 1, N. 22 mitgeteilte Literatur und Rechtsprechung.) Es ist nicht abzusehen, was es für den Kredit eines Kaufmannes für einen Einfluß haben soll, ob er den Fabriksbetrieb in einem neuen oder in dem von seinem Vorgänger übernommenen Fabriksgebäude ausübt, ob er neue Warenvorräte anschafft oder die Waren seines Vorgängers übernimmt.

Digitized by Google

Deckung in dem Erlöse des zu veräußernden Produktes finden wird. Deshalb muß man auch die bloße Übertragung der Absatzgelegenheit als eine genügende Voraussetzung für die Zulässigkeit der Fortführung der Firma ansehen.[28]) Voraussetzung der Zulässigkeit der Übertragung der Firma ist aber immer, daß entweder die Organisation der Produktionsmittel oder die vorhandene Absatzgelegenheit unabhängig von der Übertragung der Firma übertragen werden kann. Auf der nicht zutreffenden tatsächlichen Voraussetzung, daß dies nicht möglich ist, beruht die Ansicht Gellers (ZBl., 1890, S. 608), daß Art. 23 HGB. keinen Rechtssatz, sondern nur einen falschen Lehrsatz enthalte[29]) und daß sich der positive Inhalt des Art. 23 in dem Satze erschöpfe, daß der Erwerber einer Firma diese nicht zur Führung eines beliebigen, sondern nur zur Führung eines dem vom Vorgänger betriebenen Gewerbe gleichartigen Handelsgewerbes benützen dürfe.

Die Übertragung der an eine Schutzmarke, mit der die in einem bestimmten Gewerbebetriebe erzeugten oder veräußerten Waren bezeichnet werden, geknüpften Absatzgelegenheit durch bloße Übertragung des Markenrechtes sucht das Gesetz zu verhindern. Die §§ 9 und 20 MarkG., die bestimmen, daß das Markenrecht an dem Unternehmen klebt, und daß der Erwerb des Unternehmens eine Voraussetzung für die Umschreibung des Markenrechtes auf eine andere Person ist, könnten zwar an sich die sogenannte „leere Übertragung" des Markenrechtes nicht hindern; denn die Wahl einer nach den allgemeinen Bestimmungen des MarkG. zulässigen Marke steht — anders als die Wahl der Firma — jedermann frei. Die an den Gebrauch einer Marke geknüpfte Absatzgelegenheit könnte also auf diese Weise auf einen anderen übertragen werden, daß vereinbarungsgemäß der Markenberechtigte seine Marke löschen und der andere diese Marke sofort eintragen läßt. Einem solchen Vorgange, durch den — von der Priorität abgesehen — die gleichen Wirkungen erzielt werden könnten, wie durch die vom Gesetze mißbilligte leere Übertragung des Markenrechtes ohne das Unternehmen, für das die Marke besteht, sucht § 7 der Novelle vom 30. Juli 1895, RGBl. Nr. 108 durch folgende, allerdings auch anderen Zwecken dienende Bestimmung vorzubeugen: „Marken, welche auf Grund des § 21 a,[30]) b oder c des Gesetzes vom 6. Jänner 1890, RGBl. Nr. 19 gelöscht sind.

[28]) So Lehmann, S. 113, Staub, Anm. 6 zu § 22 (das dort angeführte Erk. des RG., 37, S. 178 bietet allerdings keinen Beleg für diese Ansicht) teilweise anders Behrend, S. 212.

[29]) Ähnlich Binder, I., S. 38, N. 4.

[30]) Dortselbst ist die Löschung auf Ansuchen des Markenberechtigten erwähnt.

Digitized by Google

sowie Marken, die mit den gelöschten Marken verwechslungsfähig sind, dürfen für die Waren für welche sie registriert wurden oder für gleichartige Waren zu Gunsten eines anderen als des letzten Besitzers oder seines Rechtsnachfolgers erst nach Ablauf von zwei Jahren seit dem Tage der Löschung im Register der Handels- und Gewerbekammer vom neuem registriert werden." [31])

Unter Unternehmen im Sinne des § 9 MarkG. ist lediglich die Organisation der Produktionsmittel zu verstehen. Durch eine bloße Übertragung einer wenn auch unabhängig von der Marke übertragbaren Absatzgelegenheit würde den Voraussetzungen für die Umschreibung des Markenrechtes nicht entsprochen werden; die angeführte Bestimmung des MarkG. dient zum Schutze des Publikums, weil es in einer bestimmten Marke die Gewähr dafür erblickt, daß die mit der Marke bezeichneten Produkte in einem bestimmten Betriebe vom Markenberechtigten hergestellt oder auf Grund bestimmter Geschäftsbeziehungen von ihm zum Zwecke der Weiterveräußerung angeschafft wurden. [32])

---

[31]) Vgl. hiezu aus den erläuternden Bemerkungen zu § 7 des Entwurfes der Novelle zum MarkG. (Nr. 1164 der Beilagen zu den stenogr. Prot. des AH., 11. Session): „Diese Bestimmung soll verhindern, daß eine aus was immer für einem Grunde gelöschte Marke mit oder ohne Zustimmung ihres letzten Besitzers vor Ablauf einer bestimmten Zeit seitens dritter Personen für sich registriert werde. Da einmal jede Marke an dem Unternehmen klebt, so bildet sie das Kennzeichen für die Herkunft der Ware aus dem Unternehmen des Besitzers. Würde es nun gestattet sein, eine gelöschte Marke sofort für ein anderes Unternehmen zu registrieren, so könnte auf diese Weise nicht bloß die gesetzliche Bestimmung über die Unübertragbarkeit einer Marke ohne das Unternehmen umgangen werden, es würde auch eine Beirrung des Publikums über die Herkunft der Marke eintreten. — — — Nach Ablauf einer bestimmten Zeit verlieren jedoch gelöschte und dann auch in der Regel außer Gebrauch gesetzte Marken ihren individualisierenden Charakter. — — — Die Erhaltung der Sperrfrist wird von Amts wegen zu überwachen sein." Trotzdem kann der Erfolg der sogenannten leeren Übertragung des Markenrechtes dadurch erreicht werden, daß der Inhaber einer eingetragenen Marke sich die Eintragung der gleichen Marke für die gleiche Warengattung zu Gunsten eines anderen gefallen (eine Abweisung von Amts wegen ist für diesen Fall im Gesetze nicht vorgesehen) und dann vereinbarungsgemäß seine eigene Marke löschen läßt. (Vgl. Seligsohn, Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen, [2]., S. 115).

[32]) In beschränktem Umfange kann allerdings die Wirkung der Übertragung einer an die Verwendung einer bestimmten Marke gebundenen Absatzgelegenheit auch ohne Übertragung der Organisation der Produktionsmittel durch Einräumung einer markenrechtlichen Lizenz erreicht werden. Der Markenberechtigte kann einem anderen den Gebrauch seiner Marke gestatten. Der Begünstigte ist jedoch durch eine solche Vereinbarung — bestritten ist übrigens, ob die Lizenz wirklich einen privatrechtlich wirksamen Vertrag

Digitized by Google

Möglich erscheint die Übertragung einer an eine Etablissementsbezeichnung gebundenen Absatzgelegenheit dadurch, daß der Berechtigte einem anderen die Verwendung dieser Bezeichnung für einen gleichartigen Betrieb gestattet und selbst den Betrieb einstellt oder unter einer anderen Bezeichnung weiterführt. Vorausgesetzt ist nur, daß zu Gunsten der Etablissementsbezeichnung ein besonderer Schutz besteht. Einen solchen Schutz gewährt für das geltende österr. Recht nur § 46, Z. 1 GewO. und in einer ganz bestimmten Richtung, nämlich bloß gegen die mißbräuchliche Bezeichnung von Erzeugnissen, § 24 MarkG.[88])

---

darstellt oder bloß dem Begünstigten gegen die Eingriffsklage des Lizenzerteilers die exceptis doli gewährt (so Kohler, Recht des Markenschutzes, S. 242) — in dem ihm gestatteten Gebrauche der fremden Marke Dritten gegenüber nicht geschützt. (Vgl. Geller, ZBl., 1890, S. 671; Chr. Finger, Das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen, S. 170.)

[88]) Die Bestimmungen des HGB. über das ausschließliche Recht an einer Firma beziehen sich nicht auf die Etablissementsbezeichnung, wenn letztere nicht als Zusatz einer Firma des derselben gewährten Schutzes teilhaftig wird. (Allfeld, Komm., S. 115, Cosack, S. 73, Staub, Anm. 32 zu § 17 u. a. m.) Geschützt ist durch § 46, Abs. 1 GewO. die Etablissementsbezeichnung nur bei Betrieben, auf welche die GewO. Anwendung findet. (Budw. A. 143, Em. Adler a. a. O., S. 31, N. 3, hat die Anwendbarkeit des § 46, Z. 1 auf die in Art. V KundmPat. angeführten Beschäftigungen nur bezüglich des in § 46, Abs. 1 dem persönlichen Namen gewährten Schutzes behauptet.) Über die geplante Ausdehnung der Bestimmung des § 46 GewO. auf die gemäß Art. V KundmPat. vom Geltungsbereiche der GewO. ausgenommenen Beschäftigungen vgl. oben Anm. 24. Unter Etablissementsbezeichnung ist nicht nur die figürliche oder wörtliche Bezeichnung des Unternehmens, sondern auch die den Zweck einer solchen Bezeichnung verfolgende charakteristische, originelle äußere Ausstattung der Betriebsanlage (besondere Bemalung, Ausschmückung des Geschäftsgebäudes) zu verstehen. (Vgl. hiezu Chr. Finger a. a. O. zu § 8 UnlWG. lit. c). — Einen weiteren Schutz der angeführten Richtung gewährt das österr. Recht nicht, insbesondere nicht der besonderen Ausrüstung (Uniform, Kappen) mit der die Bediensteten, oder der besonderen Ausstattung, mit der die Betriebsmittel (Omnibusse, Mietwagen usw.) eines bestimmten Unternehmens versehen werden. Auch das D.UnlWG. versagt einen solchen Schutz (vgl. Chr. Finger a. a. O.), den jedoch der Entwurf zu UnlWG. (§ 9, Abs. 2) gewähren will. Die französische Praxis gewährt gegen die mißbräuchliche Verwendung aller sogenannten Unternehmenskennzeichen einen Schutz (vgl. die Mitteilungen bei Kohler, Recht des Markenschutzes, S. 92). Kohler (a. a. O.), sowie Gierke (Das deutsche Privatrecht, 1., S. 714) verlangen auf Grund des Persönlichkeitsrechtes, in Ausübung seiner Erwerbstätigkeit nicht mit jemand anderm verwechselt zu werden, auch für das gemeine Recht einen gleichen Schutz ohne Rücksicht auf das Bestehen besonderer positiver Bestimmungen von der Art des § 46 GewO. und § 8 des DUnlWG.; vgl. auch Seiller, GZ., 1904, S. 19 ff., dort (insbesondere Nr. 14) weitere Literatur-

Digitized by Google

Da die Wahl einer Etablissementsbezeichnung jedermann freisteht und nur durch das subjektive Recht zum Alleingebrauche einer bestehenden Etablissementsbezeichnung beschränkt ist und der Erwerb des Rechtes an einer bisher von jemand anderm verwendeten Etablissementsbezeichnung durch deren Verwendung im eigenen Betriebe durch keine dem § 7 der Novelle zum MarkG. entsprechende Bestimmung zeitlich beschränkt ist, so setzt, anders als bei der Firma oder der Marke, die wirksame Übertragung des Etablissementnamens, richtiger die Gestattung der Verwendung eines bestehenden Etablissementsnamens den unabhängig vom Etablissementsnamen bewirkten Erwerb des Unternehmens nicht voraus.[84]) Die an einen bestimmten Etablissementsnamen gebundene Absatzgelegenheit kann daher anders als die an eine Firma oder Marke gebundene übertragen werden, ohne daß der Erwerber über die realen Grundlagen dieser Absatzgelegenheit verfügt. Die wirtschaftlich verschiedene Funktion der Firma und Marke einerseits und des Etablissementsnamens andrerseits als Unternehmenskennzeichen rechtfertigt diesen Unterschied. Während Firma und Marke ein bestimmtes Unternehmen gegenüber dem gesamten geschäftlichen Verkehr im Groß- und Kleinhandel individualisieren, charakterisiert der Etablissementsname das Unter-

---

angaben. Ein näheres Eingehen auf dieses Problem, insbesondere auf die Frage, ob § 16 ABGB. („Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte — —") eine praktisch verwertbare gesetzliche Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes enthält, ist im Rahmen dieser Abhandlung nicht möglich. Für deren Zwecke sei nur der folgende Standpunkt mitgeteilt: Der Gesichtspunkt, daß den einzelnen positiven Bestimmungen der Gesetze, die einen Schutz gegen Mißbrauch des Namens, der Firma, der Marke, des Titels oder anderer bei Ausübung eines bestimmten Tätigkeitskreises verwendeten Bezeichnungen gewähren, der gemeinsame Gedanke des Schutzes des „Rechtes auf Erhaltung der Persönlichkeitssphäre, auf Respektierung der Individualität" zu Grunde liegt, ist ein richtiger und bei Auslegung der einzelnen Bestimmungen sowie Entscheidung der durch deren Wortlaut nicht gelösten Fragen verwertbar. Dagegen geht es nicht an, aus diesem allgemeinen Rechte an der eigenen Persönlichkeit zur Befriedigung des Bedürfnisses nach einem Schutze wirtschaftlicher oder ideeller Interessen vom Gesetze nicht normierte Untersagungsansprüche abzuleiten. Man käme sonst ins Uferlose und müßte z. B. auf Grund des Rechtes, in seinen sportlichen Leistungen nicht verwechselt zu werden, einen Anspruch des Rennstall- oder Segelyachtbesitzers auf ausschließliche Verwendung des seinem Pferde oder seinem Schiffe gegebenen Namens anerkennen.

[84]) Vgl. Franckel, Die Bestimmungen des österr. Rechtes gegen unehrbaren Wettbewerb, S. 43, Allfeld a. a. O.; so auch die bei Schuler, S. 138 mitgeteilte französische Praxis; a. M. Pinner a. a. O., S. 112, Chr. Finger a. a. O., S. 229.

Digitized by Google

nehmen bloß gegenüber den Konsumenten[35]); die einzelnen Leistungen, die in Betrieben, bei denen die Verwendung eines Etablissementsnamens überhaupt üblich ist (Apotheken, Gasthäuser, Hotels, Badeanstalten) sind von verhältnismäßig geringem Umfange, die Überzeugung, daß die Qualität der Leistung trotz der gleichen Etablissementsbenennung eine minderwertige ist, kann leicht und ohne erheblichen Schaden des Konsumenten erlangt werden. Wird der Erwerb des Unternehmens auf eine andere Weise als durch Gestattung der Verwendung der bestehenden Etablissementsbezeichnung bewirkt, so erlangt der Erwerber, ohne daß es hiezu einer besonderen Genehmigung bedürfte, die Befugnis, die frühere Etablissementsbezeichnung zu führen.[36])

§ 4.

Fortsetzung: Zeitungstitel und Zeitungseigentum.

Die vorhandene Absatzgelegenheit kann endlich durch Gestattung des Gebrauches der Bezeichnung oder äußeren Erscheinungsform eines periodischen Werkes übertragen werden. Durch § 22 UrhG. sind beide gegen einen zur Täuschung über die Identität des Werkes geeigneten Mißbrauch geschützt; es entfällt daher für das österreichische Recht die Frage, ob am Titel oder der äußeren Erscheinungsform eines Werkes ein ohne Rücksicht auf eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen zu schützendes Individualrecht besteht.[1]) Von den zahlreichen Fragen, die sich an die Auslegung des § 22 UrhG. knüpfen, interessieren hier nur die Fragen nach dem Subjekte des dortselbst

[35]) Vgl. Schuler a. a. O., S. 138: „Wie die raison sociale namentlich von Bedeutung ist für die Verbindung mit Lieferanten und Geschäftsfreunden, übt die raison commerciale Zugkraft auf das kauflustige Publikum." Aus diesem Gesichtspunkte muß aber auch die von Pinner a. a. O. und Schuler, S. 144 versuchte analoge Anwendung der Bestimmung des Art. 23 HGB. auf die Übertragung des Etablissementsnamens abgelehnt werden.

[36]) Vgl. Chr. Finger a. a. O., S. 229, Pinner a. a. O., S. 112. Die Abweichung von der entsprechenden für Firmen geltenden Vorschrift des Art. 22, nach der zur Fortführung der Firma durch den Geschäftserwerber die ausdrückliche Einwilligung des früheren Geschäftsinhabers nötig ist, rechtfertigt sich dadurch, daß die Firma — wenigstens nach der Auffassung des Gesetzes — ein Personenname ist, wenn dieser Name auch die Person nur innerhalb eines bestimmten Wirkungskreises bezeichnet, während der Etablissementsname nur eine Objektsbezeichnung darstellt.

[1]) Vgl. Kohler, ZBl. 4, S. 730 ff., derselbe in Iherings Jahrb., S. 262, Gierke, Das deutsche PrR., I., S. 189, Roßhirt, GZ. 6, S. 66 ff. u. a. m. Darüber, daß die Voraussetzung der Verfasser der UrhG., daß an dem Titel eines Werkes ein Urheberrecht begrifflich ausgeschlossen ist, nicht immer zutrifft, vgl. Seiller, GZ. 1904, S. 62, Kienböck, GZ. 1902, S. 242.

Digitized by Google

geschützten Rechtes, wenn es sich um ein periodisches Werk handelt und nach der Übertragbarkeit dieses Rechtes. Die Beantwortung der ersten Frage erfordert eine kurze Erörterung über die privatrechtliche Stellung der beim Betriebe eines Zeitungsunternehmens beteiligten Personen. Die Begriffe, die in dieser Hinsicht das Preßgesetz und das Urhebergesetz aufstellt, sind hier nicht maßgebend; das Preßgesetz regelt nur die Frage nach der publizistischen Verantwortlichkeit der am Zeitungsbetrieb beteiligten Personen, das Urhebergesetz wiederum behandelt nur die Frage nach dem Urheberrechte am Inhalte der Zeitung.

Unter Eigentümer eines Zeitungsunternehmens[2]) ist derjenige zu verstehen, der aus dem Betriebe privatrechtlich berechtigt und verpflichtet wird. Wie jeder Unternehmer, so kann auch der Zeitungseigentümer die zum Betriebe des Unternehmens nötigen Handlungen selbst vornehmen oder andere mit deren Vornahme betrauen. Die hieher gehörenden Handlungen lassen sich in zwei Gruppen teilen: diejenigen, die auf Beschaffung, Sichtung und Gruppierung des Stoffes gerichtet sind und diejenigen, die die technische Herstellung und Verbreitung der einzelnen Exemplare zum Gegenstande haben. Derjenige, der die Tätigkeit der ersterwähnten Art ausübt, ist der Herausgeber oder Redakteur[3]),

[2]) Vgl. aus den Gründen des OGH. im ZBl. 1905, Nr. 56: „Aus dem Eigentum an der Unternehmung eines Blattes folgt, daß die für letzteres eingehenden Gelder deren Eigentümer zukommen, daß der Eigentümer es sei, welcher die Ausgaben bestreitet und Einnahmen bezieht, daß in pekuniärer und ökonomischer Beziehung alles für seine Rechnung erfolgt und daß er die ausschließliche Befugnis hat, das Geschäft selbst zu betreiben oder durch andere betreiben zu lassen.“ Vgl. auch Liszt, Lehrb. des österr. Preßr., S. 124 ferner Oberhofgericht Mannheim bei SeuffA. 15, Nr. 59, wo die Herausgabe einer Zeitung als ein gewerbliches Unternehmen bezeichnet wird und RG. bei SeuffA. 59, N. 5. Im Texte wurde der regelmäßige Fall vorausgesetzt, daß das Recht am Zeitungsunternehmen derselben Person zusteht, der die Rechte und Pflichten aus dem Betriebe des Zeitungsunternehmens zukommen und obliegen. Im Falle einer Verpachtung eines Zeitungsunternehmens oder eines an diesem bestehenden Nießbrauches, ist aus dem Betriebe natürlich nicht der Eigentümer, sondern der Pächter oder Nießbraucher berechtigt und verpflichtet.

[3]) Einen begrifflichen Unterschied — wie ihn das Preßgesetz anscheinend als vorhanden voraussetzt — zwischen Herausgeber in dem Sinne, in dem die österreichische Gesetzgebung diesen Ausdruck gebraucht, und Redakteur besteht nicht. Liszt a. a. O., S. 78, 80 versucht allerdings eine solche Unterscheidung aufzustellen. Wer mit der Sammlung, Sichtung und Gruppierung des zu einem einheitlichen Werke zu vereinigenden Stoffes betraut ist, heißt Herausgeber. Eine andere Tätigkeit hat der Redakteur auch nicht zu entfalten. Das Preßgesetz verlangt nur, daß einer der an der Herausgabe einer periodischen Druckschrift (im technischen Sinne des Preßgesetzes) beteiligten Personen sich nach außen zur Tragung der spezifischen preßrechtlichen Ver-

Digitized by Google

Der mit der Tätigkeit der anderen Art Betraute ist der Verleger im Sinne des Preßgesetzes.[4]) Erst wenn der Eigentümer der Zeitung in der einen oder anderen Weise tätig wird, kommt seine Person für die Anwendung des Preßgesetzes in Betracht.[5])

Die Erscheinung, daß die aus dem Betriebe eines Unternehmens entspringende privatrechtliche und publizistische Verantwortlichkeit nicht immer in einer Person vereinigt ist, bildet keine Eigentümlichkeit des Zeitungsunternehmens. Nach der Gewerbeordnung kann eine solche Spaltung immer eintreten, wenn der Gewerbeinhaber den Betrieb seines Gewerbes einem der Gewerbebehörde angezeigten Stellvertreter überläßt (vgl. §§ 55, 137 GewO.).[6])

Von dem Eigentume am Zeitungsunternehmen ist nicht nur zu unterscheiden das literarische Urheberrecht an den einzelnen Zeitungsartikeln, sondern auch das Urheberrecht das an der Vereinigung der einzelnen Artikel zu einer Nummer besteht, das Urheberrecht am Ganzen eines aus mehreren unterscheidbaren Beiträgen gebildeten Werkes[7]),

---

antwortlichkeit bereit erklärt und legt nur dieser Person, nicht auch den anderen an der Herausgabe beteiligten Personen, die besondere den Redakteur treffende preßrechtliche Verantwortung auf. Diese Person nennt das Preßgesetz „verantwortlicher Redakteur". Bloß durch die öffentliche Übernahme dieser Verantwortung unterscheidet sich der Redakteur von anderen Herausgebern. Der Anschein eines weitergehenden sachlichen Unterschiedes wird nur dadurch hervorgerufen, daß gegen das Gesetz Personen sich als verantwortliche Redakteure bezeichnen, die auf die literarische Leitung der Zeitung gar keinen Einfluß ausüben. § 9 PreßG. schreibt nicht vor, daß neben dem Herausgeber noch ein verantwortlicher Redakteur bestehen muß. (Vgl. übrigens Glaser-Unger in Glasers kleineren Schriften, II., S. 63); sein Sinn ist nur der, daß der Herausgeber der Zeitschrift, wenn ein Verleger nicht genannt ist, auf dem einzelnen Blatte genannt sein muß und daß entweder er oder ein anderer, der an der Herausgabe mitwirkt, sich als verantwortlicher Redakteur erklären muß.

[4]) Dieses Gesetz versteht unter Verleger auch den Kommissionsverleger (so wenigstens die herrschende Ansicht; vgl. Liszt, Lehrb., S. 76), während die vom Verlagsvertrage (§ 1164 ABGB.) handelnden Bestimmungen des UrhG. unter Verleger nur denjenigen verstehen, der den Vertrieb eines Werkes auf eigene Rechnung übernimmt; das gleiche gilt vom deutschen Reichsgesetze über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901.

[5]) Vgl. Glaser-Unger a. a. O., S. 69, Liszt, Lehrb., S. 126. Dagegen leugnet Lienbacher (Prakt. Erläuterungen des österr. Preßges., S. 165) den Begriff eines preßrechtlich nicht verantwortlichen, vom Herausgeber verschiedenen Zeitungseigentümers.

[6]) Vgl. hiezu Liszt, a. a. O., S. 126, O. Komorzynski, Handel, S. 26.

[7]) Ob ein solches auf Grund der auf die Auswahl und Gruppierung des Stoffes angewandten geistigen Arbeit anerkanntes Urheberrecht auch bei Zeitungen und Zeitschriften besteht, wird allerdings bestritten. (Vgl. Seiller in seiner Ausgabe des UrhG., S. 37.) Jedenfalls gibt es periodische Werke,

Digitized by Google

das nach § 8 UrhG. dem Herausgeber zusteht.[8]) Das Eigentum an der Zeitung oder einem ähnlichen periodischen Werke als Unternehmen kennt das Urhebergesetz sowenig wie das Preßgesetz.

Durch Handlungen, die der Herausgeber innerhalb des ihm zugewiesenen Wirkungskreises vornimmt, wird der Eigentümer verpflichtet. Maßgebend sind gegenüber dem gutgläubigen Dritten nicht die internen dem Herausgeber erteilten Instruktionen, sondern der äußere Tatbestand. Die Benennung einer bestimmten Person als Herausgeber rechtfertigt die Meinung, daß dieser Person die Vollmacht zu allen die literarische Leitung des Blattes betreffenden Handlungen[9]) (Aufnahme von Artikeln, Vereinbarung des Honorars)[10]) erteilt ist. Aus allen innerhalb des Wirkungskreises des Herausgebers vor-

---

deren dauerndes Erscheinen durch Organisation der Produktionsmittel und deren Absatz durch Schaffung eines Leserkreises sichergestellt ist, bei denen daher ein Eigentum an dem Unternehmen besteht, gleichzeitig aber auch ein Urheberrecht im Sinne der §§ 8, 9 UrhG. an der auf Zusammenstellung der einzelnen Beiträge zu einem Hefte oder Bande verwendeten geistigen Arbeit anerkannt wird; z. B. jährlich erscheinende Almanache, Reisehandbücher usw. (Vgl. Lobe, Das Reichsges. zur Bekämpfung des unl. Wettbew., S. 89.

[8]) Wenn mehrere Personen an dieser in der Beschaffung, Sichtung und Gruppierung des Stoffes bestehenden Arbeit beteiligt sind, so steht ihnen das an der Kompilation bestehende Urheberrecht gemäß § 7 UrhG. gemeinschaftlich zu (vgl. Seiller, GZ. 1904, S. 31). Dies gilt allerdings nur dann, wenn diesen Personen zusammen die literarische Leitung zusteht, nicht aber dann, wenn in der literarischen Leitung nur eine Person das entscheidende Wort zu reden hat und die anderen Personen nur unter deren Aufsicht die Herausgebertätigkeit auszuüben haben. Die leitende Person, der das Urheberrecht „am Ganzen" zusteht, wird gewöhnlich Herausgeber genannt, während die anderen Personen, die dem Herausgeber als Hilfsarbeiter zur Seite stehen, als Redakteure bezeichnet zu werden pflegen. Damit erledigt sich auch der von Lienbacher (a. a. O.) gegen die von Glaser-Unger (a. a. O., S. 70) ausgesprochene Ansicht, daß der Herausgeber (im Sinne des früheren UrhG.) identisch mit dem Redakteur im Sinne des Preßgesetzes sei, erhobene Einwurf, daß es einem Redakteur einer Zeitung wohl niemals einfallen werde, sich ein Urheberrecht an der von ihm redigierten Zeitung anzumaßen.

[9]) Die Benennung eines Herausgebers (Redakteurs) wirkt dem Verkehr gegenüber wie die Anstellung einer der in § 1027 ABGB. bezeichneten Personen (vgl. Wellspacher, Vertrauen auf äußere Tatbestände, S. 239). Die in der Angabe eines Herausgebers (Redakteurs) liegende Schaffung eines publizistischen Stellvertretungsverhältnisses wirkt dem gutgläubigen Dritten gegenüber gleich wie die Erteilung einer privatrechtlichen Vertretungsbefugnis; trotzdem begrifflich die publizistische und privatrechtliche Stellvertretung im Gewerbebetriebe genau zu unterscheiden ist (vgl. Kähler, Die Stellvertretung im Gewerbebetrieb [1894], passim, O. Komorzynski, Handel, S. 27).

[10]) Der OGH. (ZBl. 1905, Nr. 56) geht sogar weiter und erklärt den Zeitungseigentümer für verpflichtet, Druckpapier zu bezahlen, das der am Blatte genannte Herausgeber bestellt hatte.

Digitized by Google

genommenen Rechtshandlungen, mag es sich jetzt um Verpflichtungen ökonomischer Natur oder um Verpflichtungen zur Leistung anderer Art, z. B. Aufnahme eines Artikels[11]) handeln, wird der Eigentümer[12]). Das in § 22 UrhG. geschützte Recht am Titel oder der äußeren Erscheinung (typischen Ausstattung) eines periodischen Werkes steht demjenigen zu, der durch eine Anmaßung des Titels oder der Form der äußeren Erscheinung beeinträchtigt werden kann.[13]) Diese Beeinträchtigung kann wirtschaftlicher oder ideeller Natur sein. In erster Richtung wird durch die Anmaßung eines Titels oder einer im Gebrauch befindlichen typischen Ausstattungsform der Eigentümer des Zeitungsunternehmens, dem dessen wirtschaftlicher Erfolg zu gute kommt, beeinträchtigt. Dieser ist jedenfalls als Subjekt des in Rede stehenden Rechtes anzusehen; er wird ja am ersten durch die in der Anmaßung der Werkbezeichnung liegende concurrence deloyale getroffen.[14])

[11]) Dies scheint freilich auf den ersten Blick befremdend, wenn man bedenkt, daß der Eigentümer einer Zeitung, der sich um den Betrieb des Unternehmens gar nicht kümmert, mangels Einblickes in den Gang des Betriebes oft gar nicht in der Lage ist, durch eine eigene Anordnung eine vom Herausgeber übernommene literarische Verpflichtung zu erfüllen. Aber diese Umstände können auch bei anderen Unternehmungen vorkommen. Z. B. ein Kapitalist überläßt die Leitung der unter seiner Firma betriebenen Fabrik einem Direktor; niemand wird zweifeln, daß die Klage aus allen im Fabriksbetriebe eingegangenen Verbindlichkeiten gegen den Firmainhaber zu richten ist, auch wenn dieser in den Betrieb tatsächlich einzugreifen gar nicht in der Lage ist.

[12]) Tritt dieser als solcher nicht gegenüber dem Verkehr (durch Anführung seines Namens auf dem Blatte oder den im geschäftlichen Verkehr benützten Drucksorten oder durch Eintragung ins Handelsregister) hervor, so muß sich der Herausgeber oder Verleger, wenn er beim Betriebe des Zeitungsunternehmens nicht kundgibt, daß er in fremden Namen handelt, als Eigentümer behandeln lassen; Handeln in fremden Namen wird eben nicht vermutet.

[13]) So Seiller a. a. O., S. 31, der mit Recht gegen Kienböck (a. a. O., S. 258) und M. Schuster (Grundriß des Urheberrechtes, S. 12), nach deren Ansicht sich das in § 22 UrhG. geschützte Recht nur auf urheberrechtliche, geschützte Werke beziehe und nur dem Urheber zustehe, anführt, daß bei einer solchen Auffassung § 22 bezüglich des Titels periodischer Werke, an denen ja in der Regel kein Urheberrecht besteht (vgl. oben Anm. 7), wenig praktische Bedeutung hätte.

[14]) Der Gesichtspunkt der concurrence deloyale, der die gegen Mißbrauch der Werkbezeichnung gerichtete Bestimmung des § 8 des d. UnlWG. ausschließlich beherrscht, war auch bei Aufnahme des § 22 UrhG. der vorwiegend maßgebende. (Vgl. die in der Seillerschen Ausgabe des UrhG. mitgeteilten Materialien, Seiller, GZ. 1904, S. 31, Em. Adler a. a. O., S. 47.) Das bei SeuffA 15, Nr. 59 mitgeteilte Erk. spricht das ausschließliche Recht am Zeitungstitel dem Herausgeber zu, meint aber nach dem ganzen Zusammenhange offenbar den Zeitungseigentümer. Der bloße Gesichts-

Digitized by Google

Neben dem Zeitungseigentümer erscheint aber auch der Herausgeber durch Anmaßung der Werkbezeichnung beeinträchtigt, und zwar auch dann, wenn seine kompilatorische Tätigkeit zur Erzeugung eines Urheberrechtes am Ganzen, im Sinne des § 8 UrhG. nicht geeignet ist.[15]) Es erscheinen durch eine solche Anmaßung zwar nicht unbedingt materielle, wohl aber erhebliche ideelle Interessen des Herausgebers verletzt. Seine bei Herausgabe der Zeitung aufgewendete geistige Arbeit wird ja durch den Titel der Zeitung individualisiert; er hat ein Recht bezüglich dieser Leistung nicht mit anderen Personen verwechselt zu werden. Der so oft in der Literatur betonte Gesichtspunkt des an der Werkbezeichnung bestehenden Persönlichkeitsrechtes trifft für den Herausgeber gewiß mehr als für den Unternehmer zu (vgl. Anm. 14). Es besteht also an dem Rechte der Werkbezeichnung eine Gemeinschaft zwischen Eigentümer und Herausgeber (ähnlich wie bei nicht periodischen Werken zwischen Verleger und Urheber).

Sowohl Herausgeber als Eigentümer sind demnach befugt Eingriffe in das Recht an der Werkbezeichnung zu verfolgen. Solange der Herausgeber als solcher tätig ist, kann daher ohne dessen Zustimmung der Eigentümer der Zeitung einem anderen deren Herausgabe unter der gleichen Bezeichnung und Erscheinungsform nicht wirksam gestatten.[15a]) Nur dann wird man dem Herausgeber ein Recht, beziehungsweise Mitrecht an der Werkbezeichnung nicht zugestehen, wenn

---

punkt des Individualrechtes, das Recht jeder Person, „daß ihre Person nicht für die eines anderen, ihre Produkte nicht für die eines anderen gelten sollen", wird schwerlich zur Begründung eines Schutzes an der Werkbezeichnung zu Gunsten desjenigen, dem dieser Schutz in der österreichischen und deutschen Gesetzgebung in erster Linie zugedacht, nämlich zu Gunsten des Zeitungseigentümers, der am Betriebe des Unternehmens oft gar nicht beteiligt, dessen Person dem Publikum oft ganz unbekannt ist, führen können. Vgl. Schuler a. a. O., S. 161.

[15]) Vgl. oben Anm. 7. Seiller, GZ. 1904, S. 31, anscheinend a. M. Kienböck a. a. O., S. 258.

[15a]) Die Ansicht Kohlers (ZBl. 4, S. 755), daß ein derartiger Vertrag wegen des durch die Verwechslungsfähigkeit zweier Zeitungsunternehmen verletzten öffentlichen Interesses ungültig ist, läßt sich für das österreichische Recht nicht aufrecht halten. § 22 UrhG. der die Materie erschöpfend regelt, hat dieses angebliche öffentliche Interesse nicht anerkannt, sonst hätte er sich nicht begnügt bei Verwendung einer zur Täuschung geeigneten Werkbezeichnung einen Anspruch auf Entschädigung zu normieren, während nach dem Gesetze die Namensfälschung (Bezeichnung eines fremden Werkes mit eigenem Namen, Bezeichnung eines eigenen Werkes mit fremdem Namen), ein von Amts wegen zu verfolgendes Delikt bildet (§ 53 in Verbindung mit § 56 UrhG.).

Digitized by Google

der Herausgeber auf dem Werke nicht genannt ist und sich als solcher auch sonst auf Grund der mit dem Eigentümer getroffenen Vereinbarung dem Verkehr gegenüber nicht zu offenbaren hat. In diesem Falle liegt ein des Schutzes bedürftiges Interesse des Herausgebers an der Werkbezeichnung nicht vor.[16]) Bezüglich der Übertragbarkeit des Rechtes an der Werkbezeichnung gilt Ähnliches wie von der Übertragbarkeit des Rechtes an der Etablissementsbezeichnung. Wird in der Absicht, die an die Werkbezeichnung gebundene Absatzgelegenheit jemand anderm zu überlassen, diesem das Recht zum Gebrauche der Bezeichnung erteilt, so liegt keine eigentliche Übertragung des Rechtes an der Werkbezeichnunng vor, es fällt bloß für den Begünstigten die Beschränkung in der grundsätzlich freien Wahl der Bezeichnung und äußeren Ausstattung seines Zeitungsunternehmens weg.[17]) Andrerseits ist der Übergang des Rechtes an der Werkbezeichnung, die natürliche — durch Parteienverabredung zu beseitigende — Wirkung des nicht erst durch

---

[16]) Mit Rücksicht auf das im Texte erwähnte Recht des Herausgebers gilt für die Zuständigkeit des Rechtes an der Bezeichnung eines periodischen Werkes etwas anderes als für das Recht an den anderen Unternehmenskennzeichen (Firma, Marke, Etablissementsname usw.). Das Recht an diesen Bezeichnungen und die Befugnis zur Abwehr gegen Eingriffe steht anerkanntermaßen nur dem Unternehmer selbst zu, mag er jetzt im Betriebe tätig sein oder nicht. Auch in letzterem Falle ist der vielleicht dem Verkehr allgemein bekannte Leiter des Betriebes zur Verfolgung von Eingriffen nicht legitimiert (Lobe, Das Reichsges. zur Bekämpfung des unl. Wettb., S. 139). Die Abweichung ist auch sachlich vollkommen begründet. Die Herausgabe eines periodischen Werkes steht infolge der hiebei aufgewandten geistigen Arbeit, der hiebei offenbarten wirtschaftlichen, politischen oder ethischen Anschauung zur Persönlichkeit in ganz anderer Beziehung als die Leitung eines industriellen Etablissements. Auf Grund des § 8 des d. UnlWG., der den Schutz gegen Mißbrauch der Werkbezeichnung ausschließlich unter den Gesichtspunkt des unlauteren Wettbewerbes stellt, wird sich ein neben dem Rechte des Eigentümers bestehendes Recht des Herausgebers an der Werkbezeichnung nicht annehmen lassen.

[17]) So lange diese Wahl freisteht und nur durch ein bestehendes subjektives Recht auf Verwendung einer bestimmten Werkbezeichnung beschränkt erscheint, ist nicht abzusehen, wie man die bloße Übertragung (im untechnischen Sinne, vgl. Text) des Rechtes an der Werkbezeichnung für unzulässig erklären soll (vgl. Seiller, GZ. 1904, S. 32, Kohler, ZBl. 4, S. 748, Iherings Jahrb. 18, S. 264, dagegen Chr. Finger a. a. O., S. 229, Pinner a. a. O., S. 115). De lege ferenda ließe sich allerdings erwägen, ob nicht im Interesse des Publikums durch eine dem Art. 23 HGB. oder § 9 MarkG. entsprechende Bestimmung zu verhindern wäre, daß jemand den Abonnenten- und Leserkreis einer bestehenden Zeitung bloß durch Verwendung deren äußerer Erscheinungsform erwirbt, ohne daß die realen Grundlagen, denen der Leserkreis seine Entstehung verdankt, die Beziehungen mit den Mitarbeitern, Redakteuren, Berichterstattern usw. übergehen.

Digitized by Google

Einräumung des Rechtes, die bestehende Bezeichnung zu gebrauchen, vermittelten Erwerbes eines Zeitungsunternehmens.[18])

Die verschiedenen Unternehmenskennzeichen kommen also beim Übergang eines Unternehmens in zweifacher Richtung in Betracht. Der Erwerb des Rechtes zum ausschließlichen Gebrauche derartiger Bezeichnungen kann die von selbst oder kraft besonderer Parteienvereinbarung eintretende Wirkung des vollzogenen Erwerbes des Unternehmens sein; der Übergang des Unternehmens kann dadurch bewirkt werden, daß ein Unternehmer den Gebrauch der bei Ausübung seiner Erwerbstätigkeit verwendeten Bezeichnung einen anderen gestattet und selbst diesen Gebrauch einstellt. Auch im letzteren Falle ist Gegenstand des Veräußerungsgeschäftes nicht das Unternehmenskennzeichen, sondern das Unternehmen, die gesicherte Absatzgelegenheit, deren Übergang durch die Gebrauchnahme des betreffenden Unternehmenskennzeichens bewirkt wird. Das Recht auf ausschließlichen Gebrauch bestimmter, bei Ausübung einer Erwerbstätigkeit verwendeten Bezeichnungen ist ein Persönlichkeitsrecht.[19]) Die Veranlaßung besonderer gesetzlicher Anerkennung dieser Rechte bildet für den Gesetzgeber allerdings oft die Erwägung, daß in vielen Fällen das Vertrauen, das ein Gewerbetreibender durch seine Fähigkeiten und seine Arbeit erworben hat, in die Vorstellung des Publikums nicht an seine Person oder seinen bürgerlichen Namen, sondern an irgend eine der in Rede stehenden Bezeichnungen geknüpft ist.[20]) Hiedurch

---

[18]) Kohler, ZBl. 4, S. 753, Chr. Finger a. a. O., S. 229.

[19]) Mit Recht weist Gierke (Deutsches Pr. R. 1, S. 715), die in der ausländischen Jurisprudenz herrschende Vorstellung eines industriellen oder kommerziellen Eigentumes zurück. Objekt der in Rede stehenden Rechte ist nicht das Unternehmen, sondern ein Teil der Persönlichkeitssphäre des Gewerbetreibenden. Es wird ihm innerhalb gewisser Grenzen das Recht zuerkannt, bei Ausübung seiner Erwerbstätigkeit nicht mit jemand anderen verwechselt zu werden. (Vgl. Gierke a. a. O., Seiller, GZ. 1904, S. 19; dortselbst auch weitere Mitteilungen aus der die Persönlichkeitsrechte betreffenden Literatur.) Es is dogmatisch nicht richtig und kann auch zu unrichtigen praktischen Konsequenzen führen, wenn Herrmann-Oláv sky a. a. O., S. 512, aus den einzelnen Bestimmungen, die den Gewerbetreibenden im Alleingebrauche bestimmter, im Gewerbebetrieb verwendeter Bezeichnungen schützen, eine Anerkennung des Gewerbebetriebes als Rechtsobjekt ableitet.

[20]) Der Schutz der im Gewerbebetriebe verwendeten Bezeichnungen ist aber in einzelnen Fällen nicht davon abhängig, daß durch deren unbefugte Verwendung wirklich ein Vermögensinteresse des Berechtigten verletzt ist, insbesondere dessen Absatzgelegenheit beeinträchtigt ist. Der Wortlaut der einschlägigen

Digitized by Google

erlangen diese Persönlichkeitsrechte zwar auch einen vermögensrechtlichen Inhalt[21]), aber niemals einen selbständigen Vermögenswert; es kommt immer auf den Wert des Unternehmens und auf die Bedeutung, welche der betreffenden Bezeichnung für die Individualisierung des Unternehmens zukommt, an. Der Titel einer Zeitung, deren Betrieb Verlust bringend ist, hat gar keinen Vermögenswert, und ebensowenig hat die Firma des Inhabers eines weltberühmten Restaurants einen Vermögenswert, wenn dieses Restaurant im Verkehr nicht unter der Firma des Inhabers, sondern unter der Etablissementsbenennung bekannt ist. Die Unterscheidung zwischen dem Erwerb des Rechtes an einem Unternehmenskennzeichen und dem hiedurch vermittelten Erwerb des Unternehmens, entbehrt nicht der praktischen Bedeutung. Der Erbe, der die Erwerbstätigkeit des Erblassers unter Verwendung der von diesem benützten Etablissementsbezeichnung fortführt, hat das Recht an dieser Bezeichnung durch deren Gebrauchnahme, also originär und nicht aus dem Nachlasse erworben, wenn er zu diesem Erwerb auch nur kraft seiner Eigenschaft als Erbe berechtigt ist.[22]) Die Absatzgelegenheit aber, die auf den Erben infolge der Verwendung der Etablissementsbezeichnung übergeht, ist aus dem Nachlasse erworben. Den Wert dieser Absatzgelegenheit muß sich der Erbe, in allen Fällen, in denen der Wert des angefallenen Nachlasses von Erheblichkeit ist, anrechnen lassen.

III.

Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze über Rechtsobjekte und Sachen auf das Unternehmen.

§ 5.

1. Die Stellung des Unternehmens im System der Rechtsobjekte.

Aus den bisherigen Ausführungen geht hervor, daß das Unternehmen ein Vermögensobjekt bildet, das aus den Vermögen einer

---

Bestimmungen des geltenden österreichischen Rechtes gibt wenigstens keinen Anhaltspunkt zur Aufstellung einer solchen Voraussetzung für die Entstehung des Anspruches auf Unterlassung der unbefugten Führung der Bezeichnung. Bezüglich des einzelnen Unternehmenskennzeichens Schutz gewährenden § 8 des d. UnlWG. vgl. Hr. Finger, S. 248 ff.

[21]) Vgl. Gierke a. a. O., S. 725, Binder, I., S. 38.

[22]) Vgl. Sohm, ArchBürgR. 28, S. 182, Binder, Goldschmidts Z. 59, S. 19. Soweit die Priorität des Rechtes an der Bezeichnung in Frage steht, kommt den Erben allerdings die Verwendungszeit des Erblassers zu gute. (Vgl. Kohler, ZBl. 4, S. 745).

Digitized by Google

Person in das einer anderen übergehen kann, daß also die Gesetzgebung nichts Unmögliches ausspricht, wenn sie das Unternehmen als Gegenstand von Rechtshandlungen bezeichnet, die eine unmittelbare Veränderung in der rechtlichen Zuständigkeit eines bestimmten Gegenstandes bewirken. Die Gesetzgebung hat durch derartige Bestimmungen das Unternehmen als Rechtsobjekt und seine tatsächlich bestehende Übertragbarkeit als rechtliche Verkehrsfähigkeit anerkannt. Die Bedeutung des Unternehmens als Rechtsobjekt ist nicht auf die Rechte und Rechtsverhältnisse beschränkt, die in den einzelnen das Unternehmen erwähnenden Gesetzen genannt sind, sie erstreckt sich auf das gesamte Gebiet des Rechtsverkehrs.

Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch wollte mit seiner Einteilung der Sachen, in körperliche und unkörperliche Sachen (Rechte), eine erschöpfende Einteilung der Rechtsobjekte geben. Das Unternehmen als Rechtsobjekt läßt sich unter keine der beiden Gruppen bringen. Das vom Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellte Unterscheidungsmerkmal, wonach körperliche Sachen diejenigen sind, die in die Sinne fallen, trifft nicht das Wesen der Sache.[1]) Der wahre Unterschied ist folgender: Körperliche Sachen sind räumlich [begrenzte Gegenstände der unfreien Natur; deren Vorhandensein und wirtschaftlicher Wert ist von der Rechtsordnung unabhängig; die Rechtsordnung kann nur das an ihnen mögliche Gewaltverhältnis zu einem rechtlich geschützten machen. Unkörperliche Sachen erhalten ihr Dasein und ihre Begrenzung erst dadurch, daß die Rechtsordnung ein Recht bestimmten Umfanges und Inhaltes normiert, als dessen Gegenstand die betreffende unkörperliche Sache erscheint[2]). Daher auch die übliche Unterscheidung zwischen Sachen und Rechten, die darauf zurückzuführen ist, daß für die unkörperliche Sache derselbe Name wie für das an ihr bestehende Recht gebraucht wird.[3]) Daraus ergibt sich aber auch schon, daß die Einteilung der Rechtsobjekte in körperliche und unkörperliche Sachen nur dann eine erschöpfende sein kann, wenn es außer körperlichen Sachen keine Rechtsobjekte gibt, deren Existenz und Begrenzung nicht erst durch

---

[1]) Vgl. Krainz-Ehrenzweig, § 83.

[2]) Vgl. Gierke, Pr. R. 1, S. 270, ferner Cod. Ther. II., Cap. 2, P. 11: „ . . . . . Körperlich, sind jene, deren Wesen und Verstand in die Sinne fällt, unkörperlich aber, deren Wesenheit nur durch den Verstand des Rechtes begriffen werden kann."

[3]) Vgl. Gierke a. a. O., S. 270, 213. Man braucht übrigens nicht, wie es zahlreiche Schriftsteller tun, den Begriff des „Rechtes am Rechte" zu verwerfen. Man muß sich nur klar werden, daß der Ausdruck Recht beide Male etwas verschiedenes bedeutet. Spricht man z. B. von dem Eigentumsrechte an einem Patent-, Urheber- oder Forderungsrechte, so wird mit dem durch das Bestimmungswort Patent, Urheber oder Forderung näher be-

Digitized by Google

die Rechtsordnung geschaffen werden muß. Dies ist jedoch nicht der Fall. Ein Rechtsobjekt, auf das die Begriffsmerkmale der körperlichen Sache nicht passen, das aber seine Existenz nicht dem Umstande verdankt, daß es die Rechtsordnung zum Gegenstande eines nach Inhalt und Umfang bestimmten Rechtes gemacht hat, ist das Unternehmen.[4]) Der wirtschaftliche Wert des Unternehmens, seine Fähigkeit Vermögensobjekt zu sein und seine Verkehrsfähigkeit beruht in erster Linie auf tatsächlichen Momenten, denen allerdings gewisse anderen Zwecken dienende Rechtsvorschriften, wie die Vorschriften zum Schutze gewisser im Gewerbebetriebe verwendeter Bezeichnungen zu Hilfe kommen können.[5]) Der Beweis für diese Behauptung ist durch die Tatsachen erbracht: Ehe noch eine Rechtsordnung den Begriff des Unternehmens im objektiven Sinne aufgenommen hat, ehe noch eine auch nur mittelbar einen besonderen Schutz des Rechtes am Unternehmen gewährende Vorschrift erflossen ist, wurde der wirtschaftliche Wert einer durch die Tatsachen gesicherten oder wahrscheinlich gemachten Absatzgelegenheit und einer Organisation der Produktionsmittel erkannt und sind entgeltliche oder unentgeltliche Übertragungen von Unternehmen vorgekommen.[5a]) Auf das Unternehmen lassen sich daher weder die Vorschriften die sich bloß auf körperliche Sachen, noch diejenigen die sich bloß auf Rechte beziehen, direkt anwenden. Dies gilt insbesondere von den Vorschriften, die bestimmte Rechtsobjekte als bewegliche und unbewegliche Sachen bezeichnen. Das Allgemeine bürgerliche

---

stimmten Grundworte Recht nur der Gesamtinhalt jener Befugnisse bezeichnet, den die Rechtsordnung an einen bestimmten Tatbestand knüpft, wogegen das Wort Recht in Verbindung mit Eigentum lediglich die Zuständigkeit ausdrückt; es wird gesagt, wem in einem gegebenen Zeitpunkt die erwähnten Befugnisse zustehen.

[4]) Von der unkörperlichen Sache (dem Rechte) unterscheidet sich das Unternehmen auch dadurch, daß erstere z. B. eine Forderung, ein Patentrecht, bloß in der Welt der Begriffe existiert, letzteres durch seine Organisation überhaupt durch den Betrieb in die Welt der sichtbaren Erscheinungen tritt.

[5]) Vgl. RG. 63, S. 65: Ein Handelsgewerbe ist weder Sache noch Recht. Über die verschiedenen Ansichten in der französischen Literatur zur Frage, ob der fonds de commerce als ein meuble corporel oder als ein meuble incorporel anzusehen ist, vgl. Stegemann, S. 65 ff. und dazu Valery a. a. O., S. 276. — Die übliche Einteilung der Rechtsobjekte in Sachen und Rechte hat sich schon einmal, nämlich gelegentlich der Erörterung nach der Rechtsnatur des elektrischen Stromes, als unzulänglich erwiesen. Vgl. die bei Krainz-Ehrenzweig, § 83, N. 6 mitgeteilte Literatur.

[5a]) Das Vorkommen von Übertragungen von Unternehmungen in Österreich im 17. und 18. Jahrhundert und die Anerkennung solcher Geschäfte durch die Behörden wird durch die Mitteilungen bei Přibram, Geschichte der österreichischen Gewerbepolitik, S. 15, 73, 75, 201, 377 bezeugt.

Digitized by Google

Gesetzbuch hat, dem Beispiele zahlreicher Partikularrechte folgend, die Begriffe Beweglichkeit und Unbeweglichkeit, die an sich nichts anderes sind als die Bezeichnung einer natürlichen Beschaffenheit einer körperlichen Sache und an sich nur auf körperliche Sachen anwendbar sind, zu allgemeinen Rechtsbegriffen erhoben, die Unterscheidung zwischen Beweglichkeit und Unbeweglichkeit auch auf unkörperliche Sachen angewendet, und ist auf diese Weise zu einer Unterscheidung aller vom Gesetze ins Auge gefaßter Rechtsobjekte in bewegliche und unbewegliche gelangt.

Nach der Ansicht des Gesetzgebers ist durch die §§ 293 ff. und 298 ABGB. eine Richtschnur gegeben, nach der bezüglich jedes in Betracht kommenden Rechtsobjektes entschieden werden kann, ob es den Vorschriften über bewegliche oder unbewegliche Sachen (Sachen im weitesten Sinne, im Sinne des Sprachgebrauches des Allgemeinen bürglichen Gesetzbuches) unterworfen ist. Diese Annahme trifft nur zu, wenn es sich um physische körperliche Sachen oder um Rechte handelt. Ist das Unternehmen Gegenstand eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses, das das Gesetz verschieden regelt, jenachdem dessen Okjekt eine bewegliche oder unbewegliche Sache ist, so bietet für die Entscheidung der Frage, ob die für bewegliche oder die für unbewegliche Sachen geltenden Vorschriften zur Anwendung gelangen, weder die Bestimmung des § 298 ABGB. einen Anhaltspunkt, da die dort aufgestellte Unterscheidung sich nur auf Rechte bezieht, noch die Bestimmung des § 293, da dieser Bestimmung ein nur auf körperliche Sachen zu beziehender Unterschied in der natürlichen Beschaffenheit zu Grunde liegt. Auch die analoge Anwendung des § 293 ABGB. auf das Unternehmen versagt. Ein Unternehmen kann nicht, wie es das Gesetz von der beweglichen körperlichen Sache annimmt, ohne Verletzung seines ökonomischen Wertes „von einer Stelle zur anderen versetzt werden". Der Standort des Unternehmens hat bis auf wenige Ausnahmen, z. B. eine wandernde Schauspielertruppe, eine mehr oder minder erhebliche Bedeutung für die Individualisierung des Unternehmens. Die Verlegung des Standortes eines Unternehmens hat, von wenigen Ausnahmen abgesehen, immer eine andere wirtschaftliche Bedeutung als die Verlegung des Aufenthaltsortes einer beweglichen körperlichen Sache. Andrerseits ist die absolute Unveränderlichkeit des Ortes, wie sie bei Grundstücken besteht, bei Unternehmungen fast nie vorhanden; auch ein durch seinen Standort individualisiertes Unternehmen kann in der Regel ohne Einbüßung seiner Identiät nach einen anderen Betriebsort verlegt werden.[6])

[6]) Eine Ausnahme bildet z. B. die Eisenbahnunternehmung. Diese aber ist für den gesamten Rechtsverkehr ohnehin als unbewegliche Sache erklärt

Digitized by Google

Eine für alle Fälle zutreffende Einreihung des Unternehmens unter die beweglichen oder unbeweglichen Sachen ist nicht möglich. Es muß bei den einzelnen Bestimmungen des Gesetzes, in denen der Unterschied zwischen Beweglichkeit und Unbeweglichkeit erheblich wird, auf den tieferen wirtschaftlichen Grund der verschiedenen rechtlichen Behandlung gesehen werden. Diesen bildet nicht immer und unmittelbar die physische Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit, sondern eine wirtschaftliche Verschiedenheit in der Sachlage, die in der Regel aber nicht immer dem Unterschied zwischen natürlicher Beweglichkeit und Unbeweglichkeit entspricht.

Auf die Übertragung des Eigentumes am Unternehmen sind die Vorschriften über die Übertragung des Eigentumes von beweglichen körperlichen Sachen anzuwenden. Ein Unternehmen ist mit Wirksamkeit gegen Dritte übertragen, wenn der dem Rechte am Unternehmen entsprechende tatsächliche Zustand in der Person des Erwerbers verwirklicht ist. Dem Besitze an der beweglichen körperlichen Sache entspricht der Betrieb des Unternehmens im eigenen Namen. Der Erwerber muß in der tatsächlichen Lage sein, den Betrieb im eigenen Namen auszuüben. Ist hiezu die Verfügung über Liegenschaften notwendig, so genügt die Überlassung des physischen Besitzes; die bücherliche Umschreibung dieser Liegenschaften ist zum Erwerbe des Rechtes am Unternehmen nicht notwendig.[6a])

Die besonderen Vorschriften über die Übertragung und Belastung unbeweglicher Sachen schützen das erhöhte Interesse, das der Verkehr an der Publizität der Verhältnisse an Grund und Boden hat, sie knüpfen äußerlich nicht an die physische oder wirtschaftliche Beschaffenheit des Grundstückes, sondern an das Bestehen der zur Ersichtlichmachung der Rechtsveränderungen bestimmten öffentlichen

---

worden (vgl. unten N. 21). Wo neben der persönlichen Arbeitsleistung bloß die Benützung eines bestimmten Reales für den Ertrag der Erwerbstätigkeit ausschlaggebend ist, liegt überhaupt kein ein Vermögens- oder Rechtsobjekt darstellendes Unternehmen vor. Dies z. B. trifft für ein kleines Bahnhofbuffet, eine kleine Gastwirtschaft an einem bestimmten Aussichtspunkte zu. Die zum Betrieb erforderliche Organisation ist so unbedeutend, kann so leicht wieder hergestellt werden, daß deren Vorhandensein keinen wirtschaftlichen Wert darstellt. Die Absatzgelegenheit beruht lediglich auf dem bestimmten Standorte; wer an dem gleichen Standorte eine Erwerbstätigkeit der gleichen Art ausübt, wird sie nach menschlicher Berechnung mit dem gleichen Erfolge ausüben.

[6a]) Vgl. den im I. Bande (2. Abtlg.) der Manzschen Gesetzesausgabe, S. 394 mitgeteilten Erlaß des Handelsministeriums vom 29. Juni 1882, Z. 12.078: Bücherliche Umschreibung der Liegenschaft, auf der ein Sensenwerk betrieben wird, ist keine Voraussetzung des Erwerbes des Unternehmens und daher keine Voraussetzung für die Umschreibung der Marke auf den Erwerber.

Digitized by Google

Register an; sie zessieren, wenn ausnahmsweise unbewegliche Sachen nicht in solche Register eingetragen sind und finden im beschränkten Umfange umgekehrt Anwendung auf Bestandteile des beweglichen Vermögens, wenn diese den Gegenstand derartiger öffentlicher Register bilden (z. B. auf Patentrechte). Das Handelsregister dient einem anderen Zweck als die erwähnten Register (Grundbuch, Patentregister); es soll nicht klarstellen, wer an einem bestimmten Geschäfte berechtigt ist, sondern wer aus dem Betriebe eines bestimmten Geschäftes berechtigt ist und verpflichtet wird. In das Handelsregister wird nur eingetragen, wer Inhaber der Firma ist, nicht wer Eigentümer des Geschäftes ist.[7]) Das Handelsregister dient nicht der Schaffung eines dem Rechte am Unternehmen entsprechenden künstlichen Tatbestandes. Soweit bezüglich des Rechtes am Unternehmen das Publizitätsprinzip in seiner positiven oder negativen Seite zur Anwendung gelangt, entscheidet grundsätzlich nur der natürliche[8]) äußere Tatbestand des Betriebes durch eine bestimmte Person.[9]) Was bezüglich der Übertragung des Unternehmens gesagt ist, gilt auch für die Bestellung von dinglichen Rechten an Unternehmen (vgl. § 11).

Die Einschränkung der zeitlichen Wirkung des Bandes der fideikommissarischen Substitution bei unbeweglichen Sachen (§ 612 ABGB.) entspringt dem wirtschaftspolitischen Gedanken, die Entziehung von Grund und Boden aus dem wirtschaftlichen Verkehr zu beschränken. Bezüglich eines dem Erblasser gehörenden Unternehmens kann daher eine fideikommissarische Substitution mit derselben Wirkung wie bei beweglichen körperlichen Sachen angeordnet werden.

Für die Verjährung der Gewährleistungsklage (§ 933 ABGB.), für die Geltendmachung des Vorkaufsrechtes (§ 1075 ABGB.), für die

---

[7]) Vgl. Thöl, Praxis des Handels- und Wechselrechtes, 1. Heft, S. 20.

[8]) Vgl. über diese Terminologie (Unterscheidung zwischen künstlichen und natürlichen äußeren Tatbeständen) Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände, S. 21 und passim.

[9]) Ein Unternehmen kann daher mit dinglicher Wirksamkeit gegen Dritte übertragen sein und eine Haftung des Veräußerers gegenüber gutgläubigen Dritten für die Verbindlichkeiten aus dem Betriebe des Unternehmens gemäß Art. 25 HGB., aber auch außerhalb des Anwendungsgebietes dieses Artikels fortbestehen. Derjenige, dessen Name auf dem Ladenschilde eines Betriebslokales steht, haftet auch nach Überlassung des Betriebes an einen anderen den gutgläubigen Dritten solange als sein Name auf dem Ladenschilde steht und der Übergang des Unternehmens nicht in geeigneter Weise kundgemacht ist. Es liegt hierin bloß eine allgemeine Anwendung des in Art. 25 ausgesprochenen Prinzipes (vgl. Staub[5], § 7 zu Art. 10, Wiener bei Busch 38, S. 1 ff.).

Digitized by Google

Probezeit beim Kaufe auf Probe (§ 1082 ABGB.)[10]) setzt das Gesetz eine längere Frist fest, wenn es sich um eine unbewegliche Sache, eine kürzere, wenn es sich um eine bewegliche Sache handelt. Diese Verschiedenheit in den Fristen beruht auf dem Gedanken, daß ein Interesse an der raschen Abwicklung des Verkehrs mit beweglichen Sachen besteht und daß infolge des regelmäßig höheren Wertes der unbeweglichen Sache demjenigen, der über das Schicksal solcher Sachen eine Entscheidung zu fällen hat, eine längere Überlegungsfrist zu gewähren ist.[11]) Das Unternehmen steht in beiden Richtungen der unbeweglichen Sache näher als der beweglichen. In den angeführten Fällen finden daher auf das Unternehmen die längeren Fristen Anwendung.[12]) Die Verjährung der Gewährleistungsklage beträgt, wenn sich der Mangel auf unbewegliche Zubehörstücke bezieht (z. B. Fehler im Fabriksgebäude), drei Jahre, wenn er sich auf bewegliche Pertinenzen des Unternehmens bezieht (z. B. Konstruktionsfehler in den Maschinen), sechs Monate, während die Frist der Gewährleistungsklage wegen eines das Unternehmen selbst betreffenden Mangels stets drei Jahre beträgt; z. B. der Verkäufer hat das Bestehen gewisser Geschäftsbeziehungen, einen jährlichen Mindestertrag garantiert. Dieser Fall lag dem Erkenntnisse des RG., 63, S. 57, zu Grunde. Es wurde jedoch in diesem Erkenntnisse die Bestimmung des § 477 DBGB. über die sechsmonatliche Verjährungsfrist bei beweglichen Sachen für anwendbar erklärt.[13]) Dieser Anschauung tritt mit Recht Duringer (Leipziger Ztschr. für Handels-, Konkurs- und Versiche-

---

[10]) Nur diese Bestimmung, nicht die Bestimmung des Art. 339 HGB. kann auf das Unternehmen Anwendung finden. Der Kauf des Unternehmens kann zwar ein Handelsgeschäft, aber niemals einen Handelskauf bilden. Die von diesem handelnden Art. 337 ff. setzen eine Ware oder ein Wertpapier als Kaufgegenstand voraus. (Cosack, S. 156, Staub[5], § 2 zu Art. 337, unklar Staub[8], Anm. 3 zu Exkurs von § 373.)

[11]) Der Gedanke, daß eine Liegenschaft gegenüber den beweglichen Sachen das wertvollere Gut bildet, durchzieht das ganze Sachenrecht des Mittelalters und hat nicht selten dazu geführt, daß manche für den Besitzer als besonders wertvoll erachtete Fahrnisse dem Liegenschaftsrechte unterstellt wurden. (Vgl. Gierke, Privatrecht, II., S. 12, N. 35.)

[12]) Zustimmend bezüglich des Vorkaufsrechtes Krainz-Ehrenzweig (§ 365, N. 12 a). Das Gleiche gilt, wenn das Vorkaufsrecht bezüglich eines Unternehmensanteiles besteht, z. B. der Gesellschaftsvertrag gestattet einem Gesellschafter, seinen Anteil am gemeinschaftlichen Geschäfte zu verkaufen, behält jedoch den anderen Gesellschaftern ein Vorkaufsrecht vor. (Einen solchen Fall hatte das Erk. des Obertrib. Berlin, 1870, Busch, 23, S. 244, zum Gegenstande.)

[13]) Für Grundstücke setzt § 477 DBGB. eine einjährige Verjährungsfrist fest.

Digitized by Google

rungsrecht, 1907, S. 131) entgegen, unter Hinweis, daß die kurze Verjährungsfrist dem Gedanken entspricht, daß nur der Verkehr mit beweglichen körperlichen Sachen eine rasche Erledigung der Gewährleistungsansprüche erheische, daß aber ein solches Verkehrsbedürfnis bei Veräußerung eines Unternehmens nicht vorliege. Unmittelbar anwendbar erscheint weder die Bestimmung über die Verjährungsfrist bei unbeweglichen Sachen, noch über die Verjährungsfrist bei beweglichen Sachen; es können jedoch die allgemeinen Bestimmungen über die Verjährungszeit nicht zur Anwendung kommen, da das Gesetz offenbar will, daß die für unbewegliche Sachen normierte Frist die längste ist, die zur Geltendmachung eines Gewährleistungsanspruches überhaupt offen steht.

Unanwendbar auf das Unternehmen ist auch die Vorschrift des Art. 306 HGB.; sie bezieht sich bloß auf bewegliche körperliche Sachen, ihr liegt derselbe Begriff der beweglichen Sache zu Grunde wie dem Art. 271, Z. 1.[14]) Dagegen erscheint § 367 ABGB. auf das Unternehmen anwendbar. Die im letzten Satze dieses Paragraphen normierte Erwerbsart beruht auf dem Gedanken, daß derjenige, der bezüglich eines Gegenstandes freiwillig einen Tatbestand gesetzt hat, der einen anderen bezüglich dieses Gegenstandes als unbeschränkt berechtigt erscheinen läßt, gegenüber dem auf diesen Tatbestand Vertrauenden den Mangel des Rechtes nicht geltend machen kann.[15])

Daß das Gesetz an der erwähnten Stelle nur von beweglichen Sachen spricht, hat seinen Grund darin, daß man bezüglich unbeweglicher Sachen das Publizitätsprinzip (hier in seiner positiven Funktion) bereits durch die Bestimmungen über die Eintragung in öffentliche Bücher für verwirklicht erachtete.[16])

---

[14]) Vgl. Randa, 1., S. 37; Behrend, § 26; Staub[5], § 9 zu Art. 271; Goldschmidt, Handb., § 47, N. 19. Bei Art. 2076 wurde Art. 306 allerdings auch auf (durch Wertpapiere nicht verbriefte) Forderungen angewendet. Das OLG. Hamburg (Rechtsprechung der Oberlandesgerichte von Mugdan und Falkmann, 6., S. 118) will den dem AdCl 306 HGB. entsprechenden § 366 DHGB. auch auf die mit dem Geschäfte mitveräußerten Waren nicht anwenden, da keine Veräußerung im Betriebe des Handelsgewerbes vorliege. Das ist nicht zutreffend und steht auch mit der ständigen Praxis der deutschen Gerichte im Widerspruch, die in der Geschäftsveräußerung den letzten Akt der gewerblichen Tätigkeit des Kaufmannes und daher ein Handelsgeschäft auf Seite des Veräußerers erblickt. (Vgl. § 8, N. 8.)

[15]) Krasnopolski, Schutz des redlichen Verkehrs, S. 42; Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände, S. 182 (beide Schriftsteller in der Formulierung nicht ganz miteinander übereinstimmend).

[16]) Vgl. Zeiller, Komm. zu § 367. Einen Beleg für die Gleichstellung des Besitzes mit dem grundbücherlichen Eintrage bietet aus dem Vortrage Zeillers vom 21. März 1803 (Ofner, I., S. 213) folgende, sich allerdings

Digitized by Google

Wir haben daher keinen Grund, die Anwendung dieser nicht den Charakter einer Ausnahmsbestimmung tragenden, sondern den Ausfluß eines allgemeinen Prinzips darstellenden (vgl. Wellspacher a. a. O.) Bestimmung auf bewegliche körperliche Sachen zu beschränken, wir können sie überall anwenden, wo die Voraussetzungen dieses Prinzips: ein äußerer, dem Rechte entsprechender, mit Willen des Berechtigten gesetzter Tatbestand, vorliegen.[17]) Dies ist der Fall, wenn der Eigentümer eines Unternehmens dessen Führung einem anderen als Pächter oder sonst aus einem Grunde auf solche Weise überläßt, daß der letztere nach außen als Eigentümer dieses Unternehmens erscheint. Der redliche Erwerber des Unternehmens ist durch die Bestimmung des § 367 ABGB. geschützt,[18]) allerdings nicht derjenige, der auf das Unternehmen Exekution führt.

Praktisch werden kann angesichts einer in letzter Zeit geübten, allerdings nicht zu billigenden (vgl. unten § 13) Praxis die Frage nach der Anwendbarkeit des 1. Satzes des § 367 ABGB. auf ein im Exekutionswege versteigertes Unternehmen werden. Die angeführte

---

unmittelbar nur auf die negative Seite des Publizitätsprinzips beziehende Stelle: „— — — Sollte in der bürgerlichen Gesellschaft ein Recht als ein dingliches, gegen alle sich behauptendes Recht gelten, so muß es zur Sicherung des Verkehres ein deutliches Merkmal geben, woran alle das einem Dritten ausschließlich zustehende Recht erkennen können. Ein solches, ein leuchtendes Merkmal sei der Besitz, sei es nun ein körperlicher Besitz oder ein Besitz durch aufgedruckte Zeichen oder die Eintragung in die allen zugänglichen Bücher.“ (Vgl. dazu Wellspacher, S. 184.) Die Ansicht Krasnopolskis (a. a. O., S. 43), daß § 367 ABGB. sich nicht auf Forderungen, die nicht durch Wertpapiere verbrieft sind, beziehe, beruht auf dem Gedanken, daß bezüglich solcher Forderungen die Herstellung eines äußeren, dem Rechte entsprechenden Tatbestandes nicht möglich sei. Die Richtigkeit dieser Prämisse bestreitet Wellspacher (S. 198) in seinen Ausführungen über die Publizität der Schuldurkunde; nach seiner Ansicht ist § 367 auch auf Forderungen, die durch einen nicht unter die Kategorie der Wertpapiere fallenden Schuldschein verbrieft sind, anwendbar. — Bei GlU. Nr. 6327 wurden die §§ 367 und 456 auch auf den Erwerb bücherlich nicht eingetragener Grundstücke für anwendbar erklärt, a. M. GlU. Nr. 10.208.

[17]) Pratobeveras Hinweis auf den favor commercialis (Ofner, II., S. 374), der allerdings nur bezüglich beweglicher körperlicher Sachen zutrifft, bezieht sich bloß auf den in § 367 geregelten Erwerb durch Ankauf bei einem zum Verkaufe befugten Gewerbsmann.

[18]) Der Umstand, daß der wirkliche Eigentümer des Unternehmens noch im Handelsregister eingetragen ist, kommt, wenn das Unternehmen nicht in seinem Namen geführt wird, grundsätzlich nicht in Betracht (vgl. oben N. 3); es kommt, so weit es sich um das Recht am Unternehmen handelt, nur auf den natürlichen äußeren Tatbestand des Betriebes im eigenen Namen an. Der Widerspruch des Registers mit diesem Tatbestande kann bloß für die Frage des guten Glaubens von Bedeutung sein.

Digitized by Google

Bestimmung beruht auf dem Gedanken, daß das Vertrauen des Erstehers auf die Autorität der bei der Versteigerung intervenierenden Behörde geschützt werden muß,[19] sie ist daher grundsätzlich auf alle Gegenstände, die unter öffentlicher Autorität zur Versteigerung gelangen, anwendbar; das Gesetz erwähnt auch nur deshalb allein die beweglichen Sachen, weil der Ersteher einer unbeweglichen Sache bereits durch die Bestimmungen über die Eintragung ins Grundbuch für geschützt erachtet wurde.

Die Bestimmung des § 824 ABGB. i. f. (redlicher Erwerb eines Nachlaßgegenstandes vom Pseudoerben) findet auf den Erwerb eines Unternehmens zweifellos Anwendung, sie beruht auf dem Gedanken des zu schützenden Vertrauens auf die öffentliche Einantwortungsurkunde[20]) und ist daher auf alle Gegenstände anwendbar, vorausgesetzt, daß der Erblasser deren Eigentümer war.[21])

Eine wiederholte Erörterung hat in der Literatur und Judikatur die Frage erfahren, ob die Veräußerung oder Verpachtung eines Handelsgeschäftes, in dessen Betriebe Realitäten verwendet werden, als ein Geschäft über unbewegliche Sachen gemäß Art. 275 HGB., als absolutes Nichthandelsgeschäft anzusehen ist.[22]) Es kommt auf den wirtschaftlichen Zweck des Rechtsgeschäftes an. Wer ein großes Landgut kauft, schließt ein Geschäft über eine Immobilie ab, auch wenn er mit dem Gute zugleich eine auf diesem betriebene kleine Brauereiunternehmung erwirbt. Wer ein im Betriebe befindliches Gasthaus zum Zwecke des Weiterbetriebes samt Hotelgebäude und dazu gehörenden Gartengrundstück kauft, hat ein Unternehmen gekauft. Grund und Boden werden nur deshalb mitgekauft, weil sie zum Betriebe gerade dieses Gasthausunternehmens notwendig sind, weil durch sie der Übergang der

---

[19]) Vgl. Randa, Eigentum, S. 343, Wellspacher, S. 185.

[20]) Krasnopolski a. a. O., S. 16; Wellspacher a. a. O., S. 188; Randa, Eigentum, S. 364; Krainz-Ehrenzweig, § 206, N. 19.

[21]) Wellsspacher a. a. O., S. 186.

[22]) Vgl. Goldschmidt, Handb., S. 668; Roloff bei Busch, 4., S. 191, Reibling bei Busch, 31, S. 141; Gustav Wendt, Tragweite der Bestimmung des HGB., daß Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte sind (1882), S. 32; Pollitzer, Das Verhalten des allg. d. HGB. zum Immobiliarverkehr, S. 138 ff.; Behrend, § 31, N. 13; Staub, österr. Ausgabe, § 4 zu Art. 275; ROHG., 11, S. 149, 15, S. 100. Bezüglich der Verpachtung vgl. Schönewald, Über die Verpachtung von Handelsgeschäften, S. 15 ff. Die Motive zum preußischen Entw. (II., S. 103) und zum württembergischen Entw. (II., S. 17) eines HGB. erwähnen ganz allgemein, daß der Erwerb und die Veräußerung einer Handelsniederlassung oder Fabriksanlage als ein Geschäft über Immobilien anzusehen sei. Im Gesetze hat diese unrichtige Ansicht keinen Ausdruck erhalten.

Digitized by Google

bestehenden Organisation der Produktionsmittel und der gesicherten Absatzgelegenheit vermittelt wird. Vorausgesetzt ist dabei, daß der Wert der nicht schon durch das Grundstück selbst gegebenen Absatzgelegenheit nicht so unbedeutend ist, daß er für den Ertrag des auf dem Grundstück betriebenen Gewerbes gar nicht in Betracht kommt; im letzteren Falle würde überhaupt kein Unternehmen im objektiven Sinne vorliegen. Das Gleiche gilt von dem Kaufe eines im Betriebe befindlichen Theaters, einer im Betriebe befindlichen Mühle oder Badeanstalt. Steht jedoch das mitverkaufte Grundstück, auf dem das Unternehmen betrieben wird, zu diesem nicht in der erwähnten engen Beziehung, wird z. B. ein Bankgeschäft samt dem Hause, in dem sich die Bureauräume befinden, gekauft, so ist im Falle der Festsetzung eines einheitlichen Kaufpreises zu untersuchen, ob der Wert des Hauses oder der des Geschäftes, das gerade so gut in einem anderen Haus betrieben werden kann, der größere ist.[23])

Bezüglich der Verpachtung erscheint in der Judikatur obige Ansicht dadurch anerkannt, daß die Bestandnahme eines Gasthausgeschäftes als Verpachtung des Gasthausgeschäftes und nicht als Miete des Lokales angesehen wurde (GlU. N. F. 58, vgl. auch Bolze, 12, Nr. 271),[24]) während in der Bestandnahme von Realitäten, die bloß zu einem bestimmten, vom Bestandnehmer zu beginnenden Gewerbebetriebe geeignet sind, ein Mietvertrag erblickt wurde (vgl. die bei Krainz-Ehrenzweig, § 369, N. 8 mitgeteilte Judikatur). In dem ersten Falle wird also als Gegenstand des Geschäftes nicht der Raum, sondern das in diesem betriebene, nur „durch Fleiß und Mühe" zu benützende Unternehmen angesehen.[25]) Nach gleichen Grundsätzen ist über die Anwendbarkeit des Art. 275 HGB. zu entscheiden, wenn mit dem Unternehmen gleichzeitig eine radizierte Gewerbeberechtigung (§ 298 ABGB.) zur Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit verkauft oder verpachtet wird.[26])

[23]) Über die Unmöglichkeit der praktischen Durchführung der von Roloff und Reibling a. a. O. ausgesprochenen Ansicht, daß in diesem Falle das Geschäft teilweise nach Handelsrecht, teilweise nach Zivilrecht zu beurteilen ist, vgl. Pollitzer a. a. O., S. 139.

[24]) Vgl. Handelsappellgericht Nürnberg in Goldschmidts Ztschr., 20, S. 595: Die Verpachtung eines Wasserwerkes mit Schleif- und Poliereinrichtung wurde deshalb der Bestimmung des Art. 275 unterstellt, weil zur Zeit des Vertragsabschlusses das Schleif- und Poliergewerbe nicht betrieben wurde.

[25]) Gustav Wendt (a. a. O., S. 140) sagt, daß Art. 275 auf die Veräußerung eines Gewerbebetriebes dann Anwendung finde, wenn dessen Schwerpunkt in dem zum betreffenden Geschäfte gehörenden Grundstücke liegt. Nach der im Texte dargelegten Ansicht trifft gerade das Gegenteil zu.

[26]) Vgl. ROHG., 15, S. 100.

Digitized by Google

Manche Unternehmen hat das Gesetz infolge ihrer Beziehung zu Liegenschaften für den gesamten Rechtsverkehr dem Liegenschaftsrechte unterstellt; so die unter das EisenbBuchG.[27]) fallenden Eisenbahnunternehmungen, ferner die Bergwerksunternehmungen.[28]) Dagegen liegt noch keine Unterstellung des Unternehmens unter das Liegenschaftsrecht vor, wenn das Gesetz nach der Art der Bestellung von Hypotheken an Grundstücken die Begründung eines Pfandrechtes an einem Unternehmen durch Eintragung in ein öffentliches Register zuläßt. Hieher gehört das französische Gesetz vom 1. März 1898, das den Erwerb eines Pfandrechtes an einem Fonds de commerce durch Eintragung in ein Register gestattet,[29]) ferner das Schweizer Bundesgesetz vom 24. Juni 1874, das für die Begründung eines Pfandrechtes an einer Eisenbahnunternehmung durch Eintragung ein eigenes Register eröffnet.[30]) Diese Vorschriften haben bloß die Bedeutung jener sich in mehreren Rechtsordnungen vorfindenden Vorschriften, nach denen die Verpfändung von beweglichen Sachen und Rechten (die nicht den Vorschriften über unbewegliche Sachen unterworfen sind) nach dem Vorbilde der Hypothekenbestellung durch Eintragung in ein öffentliches Register stattfindet.[31])

---

[27]) Ebenso § 16 des pr. Ges. vom 8. Juli 1902. Vgl. hiezu Eger, Das Gesetz, betreffend das Pfandrecht an Privatbahnen und Kleinbahnen[2], S. 140 ff. Nach dem erwähnten pr. Ges. bildet der Umstand, daß die Eisenbahn eigene Grundstücke zum Betriebe erworben hat, keine Voraussetzung für den Bestand der bücherlichen Bahneinheit. Nach österr. Rechte fallen Bahnunternehmungen, die zum Betriebe bloß fremde, z. B. in Bestand genommene Grundstücke benützen, nicht unter das im Texte erwähnte Gesetz (Kaserer, Materialien, XXI., S. 37, Budw. A. 456).

[28]) Die Exekution auf Eisenbahnunternehmungen, die unter das Eisenb.-BuchG. fallen, und auf Bergwerksunternehmungen richtet sich nach den Vorschriften über die Exekution auf das unbewegliche Vermögen. Für die Zwangsverwaltung sind nicht §§ 341 ff. EO., sondern der durch Art. III EinfG. zur EO. aufrecht erhaltene § 47 EisenbBuchG. und §§ 240 ff. EO. maßgebend. (Ohmeyer, S. 38, Goldmann, Die Exekution auf Gegenstände des Bergwerkseigentumes, Grünhuts Ztschr., 32, S. 650 ff., R. Pollak, Zwangsverwaltung, S. 11, dagegen Schubert-Soldern a. a. O., S. 420, der ohne Begründung lehrt, daß auf Bergwerksunternehmungen sowohl nach §§ 240 ff. EO. als nach § 341 ff. EO. Exekution geführt werden kann.)

[29]) Vgl. hiezu Stegemann, S. 64 ff., 81 ff.

[30]) Vgl. hiezu Meili, Das Pfand- und Konkursrecht der Eisenbahn, S. 4.

[31]) Es genügt für das österr. Recht der Hinweis auf §§ 18, 23 PatG. Vgl. ferner § 1260 DBGB. über die Verpfändung eines ins Schiffsregister eingetragenen Schiffes durch Eintragung des Pfandrechtes ins Schiffsregister. Über andere Fälle des Registerpfandrechtes an Fahrnissen vgl. Gierke, Privatrecht, II., S. 969.

Digitized by Google

§ 6.

2. Das Zubehör eines Unternehmens.[1])

Mit der gesetzlichen Anerkennung der Pertinenzeigenschaft will die Rechtsordnung einem einheitlichen wirtschaftlichen Zwecke, den mehrere an und für sich selbständige Sachen zu erfüllen bestimmt sind, dadurch Rechnung tragen, daß um diese Sachen ein gemeinsames rechtliches Band geschlungen und hiedurch der wirtschaftliche Zusammenhang, in dem diese Sachen zueinander stehen, zu einem rechtlichen ausgestaltet wird. Die wesentliche Wirkung der Pertinenzeigenschaft besteht darin, daß Rechtsänderungen, die eine von den wirtschaftlich verbundenen Sachen treffen, ihre sachenrechtlichen Wirkungen auch auf die anderen erstrecken, und zwar nicht derart, daß das rechtliche Schicksal irgend einer beliebigen, sondern das einer bestimmten der mehreren miteinander wirtschaftlich verbundenen Sachen für alle entscheidend ist. Dies führt notwendigerweise zum Begriffe der Hauptsache. Von einem Pertinenzverhältnis kann nur dort gesprochen werden, wo eine Sache oder mehrere Sachen im Verhältnis von Neben- oder Hilfssachen zu einer Hauptsache stehen; es genügt nicht die Einheitlichkeit des wirtschaftlichen Zweckes, es muß der Zweck einer bestimmten Sache sein, dem zu dienen die anderen Sachen bestimmt sind. Die verschiedenen Gesetzgebungen bringen das Erfordernis des Subjektionsverhältnisses bei der Legaldefinition der Pertinenz mehr oder minder deutlich zum Ausdrucke.[2]) Zwischen Sachen, die bloß in einem Koordinationsverhältnis zueinander stehen, wo nicht eine Sache bestimmt ist, den Zwecken der andern zu dienen, besteht kein Pertinenzverhältnis. Säge und Hammer des Tischlers, Pferde und Wagen des Lohnfuhrwerkers dienen dem einheitlichen Zwecke des Gewerbebetriebes und doch wird niemand hier das Bestehen eines Pertinenzverhältnisses annehmen.

---

[1]) Literatur: Ohmeyer, S. 40 ff.; Neumann-Ettenreich, Zivilrechtliche Fragen, 1. Heft; Goldmann, Die Exekution auf Gegenstände des Bergwerkseigentums, Grünhuts Ztschr., 32, S. 643; Exner, Hypothekenrecht, S. 283; Krainz-Ehrenzweig, § 94, N. 5a, 35. Der Begriff der Unternehmenspertinenz wird flüchtig gestreift vom VGH. bei Budw. F. 170 und Budw. 4194 und 2797 (Unterscheidung zwischen den dem Theatergebäude und den der Theaterunternehmung dienenden Gegenständen).

[2]) Vgl. § 294 ABGB: „— — sondern auch die Nebensachen, ohne welche die Hauptsache nicht gebraucht werden kann." § 97 DBGB.: „Zubehör sind bewegliche Sachen, die, ohne Bestandteile der Hauptsache zu sein, dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt sind — — —".

Digitized by Google

Auch dort wo Mobilien in ihrer Vereinigung mit Immobilien einen gemeinsamen wirtschaftlichen Zwecke zu dienen bestimmt sind, kann man nicht immer die erwähnte Subjektion der ersteren unter letztere annehmen. Das bloß zur Unterbringung der Maschinen bestimmte Fabriksgebäude spielt im Fabriksbetriebe nicht immer die überragende Rolle, daß man sagen kann, die Maschinen seien dazu bestimmt, den Zwecken des Fabriksgebäudes zu dienen; mit demselben und oft mit größerem Rechte könnte man sagen, das Fabriksgebäude habe bloß die Bedeutung einen geeigneten Standort für die Maschinen abzugeben.[3]) Noch deutlicher wird die untergeordnete Bedeutung, die Immobilien im Verhältnis zu den Mobilien für den gemeinsam zu erfüllenden Zweck einnehmen, in folgendem Falle: Auf einem physisch zur Herstellung der betreffenden Anlage hergerichteten Grundstücke hat der Besitzer eines Vergnügungsetablissements wertvolle Apparate zum Betriebe eines mechanischen Karussells oder einer ähnlichen Anstalt untergebracht. Das Reale, dessen Wert infolge des geringen Flächenraumes ein unbedeutender ist, wird als Faktor des Betriebes neben den beweglichen Sachen kaum in Betracht kommen. Auch in den Fällen der erwähnten Art besteht ein Verkehrsbedürfnis nach rechtlicher Anerkennung des wirtschaftlichen Zusammenhanges, in dem sich die einzelnen zur Erreichung eines gemeinsamen wirtschaftlichen Zweckes miteinander verbundenen Sachen befinden; daher die verschiedenen Versuche der Theorie auch hier, obzwar das Reale zu den Mobilien offenbar nicht im Verhältnis der Hauptsache zu den Hilfssachen steht, dem Pertinenzbegriff Geltung zu verschaffen. Kohler, in seiner bekannten Abhandlung „Zur Lehre von den Pertinenzen“ in Iherings Jahrb. 26, S. 152 ff., nimmt in den erwähnten Fällen ein Pertinenzverhältnis an, weil das Grundstück, wenn es auch nicht als Hauptsache, deren Zwecke die Mobilien zu dienen haben, angesehen werden könne, die Funktion der Lokalisation der verschiedenen Mobilien erfülle. „Das Grundstück heftet gleichsam die Geräte an den Ort, welchen das Grundstück bestimmt, es ist dadurch für das Geräte, es ist für die Produktion, es ist für die in der Produktion verkörperte Arbeit maßgebend.“ Diese Begründung kann nicht befriedigen. Vor allem ist nicht abzusehen, wozu Kohler, der den Rechtsbegriff der Pertinenz einfach auf den Gedanken zurückführt, „daß beide Sachen zusammen gewissen Lebenszwecken dienen und zu diesem Behufe miteinander verbunden sind“, überhaupt des Momentes der Lokalisation durch ein Grundstück bedarf. Schaltet Kohler das Subjektionsverhältnis aus den Begriffsmerkmalen der Pertinenz aus, so muß jede räumliche erkennbare Verbindung

[3]) Vgl. SeuffA. 29, Nr. 6.

Digitized by Google

mehrerer dem gleichen wirtschaftlichen Zwecke dienender Sachen zur Begründung der Pertinenzqualität genügen. Andrerseits trifft das Moment der Lokalisation durch ein Grundstück zu, wo nach Kohlers eigener Ansicht von einem Pertinenzverhältnis nicht gesprochen werden kann; die in einem nicht schon nach seiner baulichen Anlage zum Gasthausbetriebe eingerichteten Gebäude untergebrachten zur Ausübung des Gasthausgewerbes erforderlichen Geräte sind durch das Hotelgrundstück gerade so lokalisiert, wie die Maschine durch die eigens zum Fabriksbetriebe adaptierte Fabriksrealität. Will man in den erwähnten Fällen, in denen ein Grundstück nicht als Hauptsache erscheinen kann, weil seine wirtschaftliche Bedeutung für die in Gemeinschaft mit den Mobilien zu erfüllenden Zwecke eine zu unbedeutende ist, oder das Grundstück infolge seiner physischen oder baulichen Beschaffenheit nicht gerade für einen bestimmten Betrieb bestimmt ist, daher von den auf diesem Grundstücke untergebrachten Geräten nicht gesagt werden kann, daß sie den Zwecken des Grundstückes dienen[4]), oder in denen die Verbindung zwischen Grundstück und Mobilien nicht von dem Eigentümer des ersteren hergestellt wurde, ein Pertinenzverhältnis annehmen, so muß nach einer vom Grundstücke verschiedenen Hauptsache gesehen werden, deren wirtschaftlichen Zwecken die Mobilien allein oder in Verbindung mit dem Grundstücke zu dienen bestimmt sind.[5]) Die Hauptsache erblickt Neumann-Ettenreich (a. a. O., S. 30 ff) mit Recht in dem Unternehmen. Liegt in den erwähnten Fällen ein Unternehmen vor, dienen mehrere physische bewegliche oder unbewegliche Sachen den Zwecken des Unternehmens, so dienen sie nicht bloß demselben

---

[4]) Den Ausführungen des Textes ist die heute herschende Ansicht zu Grunde gelegt, daß Maschinen und andere einen bestimmten Gewerbebetriebe dienende Geräte nur dann als Zubehör des Grundstückes anzusehen sind, wenn dieses seiner ganzen Lage nach zum betreffenden Gewerbebetriebe bestimmt ist. Vgl. Kohler a. a. O., S. 120 ff., Neumann-Ettenreich a. a. O., weitere Literatur und Judikatur bei Krainz-Ehrenzweig, § 94, Nr. 34 dazu (im gleichen Sinne) OGH. im ZBl. 1906, Nr. 49. Vgl. auch Cod. Ther. I., Cap. 2, N. 183.

[5]) Kohler a. a. O. und das Erk. bei SeuffA. 40, Nr. 178 führen ganz richtig aus, daß auch in dem Falle, in dem die wirtschaftliche Bedeutung des Grundstückes für den Gewerbebetrieb zu den Mobilien eine ganz untergeordnete ist, das Grundstück unmöglich Zubehör der Maschinen sein könne. Aus dieser Prämisse würde der Schluß, daß die Maschinen Zubehör des Grundstückes sein müssen, sich dann ziehen lassen, wenn die weiter von Kohler und dem angeführten Erkenntnisse zwar nicht ausdrücklich ausgesprochene aber deutlich zu Grunde gelegte Prämisse zutreffend wäre, daß zwei Sachen die zum Zwecke der Erfüllung des gleichen wirtschaftlichen Zweckes in die entsprechende räumliche Verbindung gebracht sind, notwendigerweise zueinander im Pertinenzverhältnisse stehen müssen.

Digitized by Google

wirtschaftlichen Zwecke, sie dienen dem wirtschaftlichen Zwecke einer Hauptsache.[6])

Der Umstand, daß das Unternehmen keine körperliche Sache ist, hindert uns nicht, den — wenigstens in der modernen Gesetzgebung — nur für körperliche Sachen entwickelten Pertinenzbegriff auf das Unternehmen anzuwenden. Das Unternehmen ist zwar keine körperliche Sache, aber es tritt durch seine Organisation, durch seinen begrifflich notwendigen Betrieb in die sichtbare Welt der Erscheinungen. Zwischen Unternehmen und körperlicher Sache ist die zur Herstellung der Pertinenzqualität erforderliche, äußerlich sichtbare räumliche Verbindung möglich.[7])

Der Begriff der Unternehmenspertinenz ist der Gesetzgebung nicht fremd: Das ALR. spricht im zweiten Titel des ersten Teiles nach Erläuterung der Begriffe des Zubehörs zu einem Gebäude, einem Gasthofe, einem Schiffe, einer Mühle, einer Fabrik in § 95 von den Zubehör eines Kramladens: „Bei einem Kramladen werden zwar Tische und Warenbehältnisse, aber nicht die vorrätigen Waren selbst als Pertinenzstücke angesehen.“ Während als Hauptsache in den vorangehenden Fällen immerhin die Mühlen- oder Fabriksrealität, das Gasthofgebäude angesehen werden kann, fehlt in der mitgeteilten Bestimmung eine solche Beziehung zu einem als Hauptsache erscheinenden Reale. Kramläden dürften ja auch zur Zeit der Kodifikation des ALR.

---

[6]) Neumann-Ettenreich stellt allerdings einen anderen Begriff des Unternehmens auf, als es dieser Abhandlung zu Grunde gelegt wird (vgl. § 1). Bei der Auffassung, daß das Unternehmen die von der Rechtsordnung als rechtliche Einheit anerkannte Vereinigung sämtlicher bei einem Gewerbebetriebe verwendeten Produktionsfaktoren darstellt, würde es jeder praktischen Bedeutung entbehren, dem einzelnen sachlichen Produktionsfaktor noch die Eigenschaft einer Pertinenz zum Ganzen zuzusprechen. Die Eigenschaft einer Sache als Bestandteil absorbiert die Eigenschaft als Pertinenz. Vgl. hiezu noch Ohmeyer, S. 41 ff., insbes. N. 111.

[7]) Wo eine tatsächliche Verbindung nicht möglich ist, gibt es auch keine Pertinenz. Wenn verschiedene ältere Gesetzgebungen (z. B. ALR., I., Tit. 2, § 67 ff.; vgl. dazu Gierke, PrR. II., S. 82) Rechte als Gegenstand des Zubehörs erklären oder von Zubehör von Rechten sprechen, so handelt es sich um einem vom Gesetzgeber statuierten rechtlichen Zusammenhang, den das Gesetz ähnlich wie das Pertinenzverhältnis regelt. Aus neuester Zeit vgl. § 11 des Ges. vom 9. Jänner 1907, RGBl. Nr. 7, der Maschinen und Gerätschaften als Zubehör des Naphthagewinnungsrechtes bezeichnet. Ein wirkliches Zubehörsverhältnis ist aber zwischen Rechten und Rechten und Rechten und körperlichen Sachen mangels eines räumlichen Zusammenhanges nicht möglich. (Vgl. Kohler a. a. O., S. 126 ff., Gierke, II., S. 82 ff., Budw. 4156, 4194). Die Übertragung der Grundsätze von den Pertinenzen auf Rechte bedarf daher stets des Ausspruches des Gesetzgebers (vgl. Goldmann a. a. O., S. 645).

Digitized by Google

nur in einem Teile eines nicht immer dem Krämer gehörenden Gebäudes untergebracht gewesen sein: Unter Kramladen, der als Hauptsache den die Zubehörseigenschaft genießenden Geräten gegenübergestellt ist, kann also nicht das Reale, sondern nur das Geschäft, das Unternehmen gemeint sein. Das gleiche gilt von der in § 94 desselben Titels enthaltenen Bestimmung, was als Zubehör einer Apotheke anzusehen ist.[8]) Die Pertinenz des Unternehmens ist ferner anerkannt im EisenbBuchG.[9]) Nach § 5, Z. 1 d. Ges. gehört zu der einen Gegenstand der Einlage im Eisenbahnbuche bildenden bücherlichen Einheit auch alles zum Fahrbetriebe der Eisenbahn bestimmte Materiale, und § 17 bestimmt, daß dingliche Rechte ihre Wirkung auf den ganzen Umfang der bücherlichen Einheit erstrecken.[10]) Mit Recht bemerkt

[8]) Die Frage nach der Zubehörseigenschaft der Apothekerwaren- und Geräte bildet in Form der Frage nach der Immobiliareigenschaft dieser Gegenstände in früheren Jahrhunderten wiederholt den Gegenstand literarischer Erörterung. (Vgl. hiezu Leyser, Meditationes, Spec. 26). Auch die österr. Gesetzgebung hat den Begriff des Zubehörs zu einer Apotheke rezipiert; vgl. hierüber unten.

[9]) Über die den gleichen Gegenstand regelnden ausländischen Gesetze vgl. Kohler a. a. O., S. 181, und in Holtzendorffs Enzyklopädie, S. 519.

[10]) Schon in dieser Bestimmung liegt die Anerkennung der Zubehörseigenschaft der in § 5 EisenbBuchG. erwähnten, zur bücherlichen Bahneinheit gehörenden beweglichen Sachen, nicht in den verschiedenen auch von Kohler a. a. O., S. 183 und Goldmann a. a. O., S. 651 herangezogenen Bestimmungen, nach denen die Exekution von Eisenbahnfahrbetriebsmittel unzulässig ist. Die Erklärung eines Gegenstandes als Zubehör hat an sich noch nicht zur Folge, daß eine abgesonderte Exekution auf diesen Gegenstand unzulässig ist und dann braucht kaum hervorgehoben zu werden, daß durch eine Bestimmung, die eine Exekution auf Fahrbetriebsmittel einer Eisenbahn ausschließt, noch nicht deren Eigenschaft als Zubehör zu irgend einer Sache ausgesprochen ist. Durch eine Reihe von Bestimmungen sind Fahrbetriebsmittel einfach im öffentlichen Interesse der Exekution entgegen, ohne daß hiebei von einer Pertinenzeigenschaft die Rede sein kann. (Vgl. Art. VIII, Z. 5 Einf. Ges. zur EO., Art. 10 des Schiffahrtsvertrages zwischen Österreich-Ungarn und Frankreich, RGBl. 1885, Nr. 165). Andrerseits schließt die Bestimmung, daß die bücherliche Bahneinheit auch das gesamte Betriebsmaterial umfaßt, noch nicht eine Einzelexekution auf dieses Betriebsmaterial aus, da es sich ja nach der eigenen Ansicht des Gesetzgebers nicht um das Zubehör zu einer Liegenschaft handelt und nur auf solches Zubehör nach § 252 EO. — wie auch nach dem dieser Bestimmung vorbildlichen Hofd. vom 7. April 1826 — eine abgesonderte Exekution unzulässig erscheint. Die Bestimmung über den Umfang der bücherlichen Bahneinheit würde nur bewirken, daß Hypothekargläubiger, die Rechte an der gesamten Einheit erworben haben, der Exekution auf einzelne Betriebsmittel widersprechen könnten. Der Gesetzgeber hat jedoch die Unzulässigkeit der abgesonderten Exekution auf Fahrbetriebsmittel einer Eisenbahn als selbstverständlich vorausgesetzt (vgl. Kaserer Art. XXI, S. 39, 40) und diese Ansicht hat auch in § 6, Z. 1 des in Redestehenden Gesetzes einen —

Digitized by Google

Neumann-Ettenreich a. a. O., S. 28, daß die Auffassung, der Fahrpark sei Pertinenz des Eisenbahngrundstückes, praktisch unmöglich sei. Exner (Hypothekenr., S. 283) führt aus, daß die in § 5 EisenbBuchG. als Teile der bücherlichen Einheit erwähnten beweglichen Sachen nicht Pertinenzen der Eisenbahngrundstücke, sondern neben diesen Pertinenzen der Eisenbahnunternehmung seien.[11]) Hiezu die Motive zu dem genannten Gesetze bei Kaserer, XXI., S. 40:

„Der Umfang des Materiales, welches in dieser Weise mit der Bahn vereinigt wird, geht über den Begriff des Zubehörs eines unbeweglichen Gutes hinaus, in dem nicht bloß die »in fortdauernde Verbindung« mit dem Eisenbahnkörper gebrachten oder »zum dauernden Gebrauche« desselben bestimmten (§ 294 ABGB.), sondern auch diejenigen Gegenstände umfaßt werden, welche zu dem auf der Bahn betriebenen industriellen Unternehmen gehören. Das mit der Eisenbahn vereinigte Materiale konnte darum nicht als Zubehör des Eisenbahnkörpers erklärt werden, weil kein Grund dafür spricht, daß die Mobilien, welche zum Betriebe der Eisenbahn dienen und einen steten Ortswechsel unterworfen sind, ihre Natur als bewegliche Sachen verlieren sollen. Im wesentlichen hat man es mit der Anschauung des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches über das Zubehör nur mit der Modifikation zu tun, daß es sich hier nicht um das Zubehör einer unbeweglichen Sache, sondern um das Zubehör eines an ein Immobile (dem Eisenbahnkörper) sich anschließendes Unternehmen handelt.“[12])

Der ökonomische Wert einer im Betriebe befindlichen Eisenbahn erschöpft sich nicht in dem Werte der Eisenbahngrundstücke und der verschiedenen Betriebsmittel. Es kommt hiezu die vorhandene Organi-

---

wenn auch nicht ganz deutlichen — Ausdruck erhalten (vgl. Canstein, Lehrb. des österr. Zivilproz. [1903], II., S. 617). Auch die bekannte kaisV. vom 19. Sept. 1886, RGBl. Nr. 144 über die Unzulässigkeit der Pfändung von Fahrbetriebsmitteln fremder Eisenbahnen setzt die Unzulässigkeit derartiger Exekutionen gegen inländische Eisenbahnen jedenfalls als selbstverständlich voraus. Das d. Reichsges. vom 3. Mai 1886, RGBl. Nr. 131 spricht die Unzulässigkeit der Pfändung von Fahrbetriebsmitteln ganz allgemein aus. Bezüglich der Eisenbahnen, die nicht unter das EisenbBuchG. fallen, ist die Exekution auf Fahrbetriebsmittel jedenfalls durch § 28 EO. beschränkt.

[11]) Vgl. Schiffner, Systematisches Lehrb. des allg. österr. Privatr., § 18, N. 22.

[12]) Burkhard (System des österr. Privatr., II., S. 147) stellt trotz der im Texte mitgeteilten deutlichen Auffassung des Gesetzes einen Zusammenhang zwischen § 5 EisenbBuchG. und dem Zubehörsbegriff in Abrede. Noch deutlicher tritt der Gesichtspunkt, daß die verschiedenen zur Bahneinheit gehörenden Mobilien nicht als Zubehör des Bahnkörpers, sondern des Bahnunternehmens anzusehen sind, im pr. Ges. vom 8. Juli 1902, betreffend das Pfandrecht an Privateisenbahnen und Kleinbahnen und die Zwangsvollstreckung in dieselben hervor, da dieses Gesetz auch auf Eisenbahnen Anwendung findet, die fremde Grundstücke, z. B. öffentliche Straßen zum Betriebe benützen. Betreffs des Schweizer Bundesges. vom 24. Juni 1874 nimmt Meili (a. a. O., S. 37) das gleiche an.

Digitized by Google

sation der Betriebsmittel und des umfangreichen Beamtenkörpers, die ganze Einrichtung des Verkehrs, die tatsächlich bestehenden oder durch Verträge geschützten Beziehungen zu anderen Transportanstalten. Das Vorhandensein dieser Organisation berechtigt von einem Unternehmen in dem dieser Abhandlung zu Grunde gelegten Sinne zu sprechen. Zur Übertragung des Unternehmens ist die Überlassung der sachlichen Produktionsfaktoren des Eisenbahnreales und des Fahrparkes notwendig[13]), in der Regel auch genügend. Wer die unter dem Begriffe der Bahneinheit im Sinne des § 5 EisenbBuchG. umfaßten Gegenstände erwirbt, erlangt damit in der Regel die Verfügung über die erwähnte Organisation; er erwirbt das Eisenbahnunternehmen.[14])

Hauptsache zu den in § 121 BergG. als Zubehör des Bergwerkes bezeichneten Gegenständen (zum Betriebe des Bergwerkes dienende Tiere, Maschinen, Gerätschaften usw.) bildet ebenfalls das im Bergwerksbetriebe bestehende Unternehmen.[15])

Der Begriff des Unternehmenszubehörs liegt der Bestimmung des Art. XI EinfGes. zur EO. zu Grunde, wo eine abgesonderte Exekution auf das zur Instandhaltung und zum Betriebe von Dampfschifffahrt-, Flußüberfuhr-, Telegraphen-, Telephonunternehmungen und öffentlichen Lagerhäusern gehörige, im Besitze der Unternehmung befindliche Materiale für unzulässig erklärt wird. Unzulässig erscheint sowohl eine Exekution auf einzelne als auch auf alle dieser Betriebsmittel. Die Anerkennung dieser Gegenstände als Zubehör ergibt sich daraus, daß nicht die Exekution auf die Betriebsmittel schlechtweg, sondern bloß die abgesonderte Exekution ausgeschlossen ist. Die Exekution ist also zulässig, wenn sie sich als Wirkung der Exekution auf ein anderes, von den Betriebsmitteln verschiedenes, der Exekution unterworfenes Vermögensobjekt darstellt. Dieses Exekutionsobjekt ist das betreffende Unternehmen. Das Gesetz geht also davon aus, daß eine Exekution auf die im Art. XI EinfGes. zur EO. genannten Unternehmen auch die Betriebsmittel ergreift; damit ist die wesentlichste Wirkung der Zubehörseigenschaft anerkannt[16]), daneben aber hat das Gesetz

---

[13]) Simon, Goldschmidts Z. 24, S. 121, Stegemann, S. 19.

[14]) Nicht vollkommen zustimmend Ohmeyer, S. 37, sein Einwand, daß der Erwerber den Geschäftsaktiven und -Passiven fremd gegenübersteht, ist nicht beweisend. Der Übergang der Geschäftsaktiven und Geschäftspassiven bildet weder die Voraussetzung noch die notwendige Folge des Überganges eines Unternehmens.

[15]) Vgl. die eingehenden Ausführungen bei Goldmann a. a. O., S. 645.

[16]) Vgl. hiezu Mat. I., S. 671: „Das Recht folgt hinsichtlich der Anerkennung der Pertinenzqualität der Übung im Verkehre. Danach ändert sich nicht nur der Umfang des Zubehörs . . . . es werden auch durch die Schaffung von neuen wirtschaftlichen Faktoren neue Beziehungen zwischen

Digitized by Google

ausgesprochen, was an sich aus der Zubehörseigenschaft noch nicht folgen würde, daß eine abgesonderte Exekution auf die Zubehörsstücke ausgeschlossen ist.

Ganz das gleiche gilt in der Bestimmung des § 251, Z. 9 EO., wonach der Exekution entzogen sind: „Die zum Betriebe einer Apotheke unentbehrlichen Geräte, Gefäße und Warenvorräte, unbeschadet der Zulässigkeit der Zwangsverwaltung dieses Betriebes." Mit dieser Bestimmung ist anerkannt, daß die Exekution mittels Zwangsverwaltung der Apotheke sich auch auf die der abgesonderten Exekution entzogenen Waren und Geräte erstreckt; hieraus folgt die Zubehörseigenschaft dieser Gegenstände.[17])

Die Tatsache endlich, daß im Falle der Zwangsverwaltung eines Unternehmens der Verwalter auch über die nach Einführung einlangenden, für den Betrieb des Unternehmens bestimmten Gegenständen (Waren, Betriebsmittel)[17a]) verfügen kann und der Verpflichtete von einer Verfügung über diese Gegenstände ausgeschlossen ist, läßt sich nur aus deren Eigenschaft als Zubehör zu dem von der Verstrickung unmittelbar getroffenen Exekutionsobjekt erklären.

Sachen geschaffen, welchen das Recht . . . . die Anerkennung als Zubehör nicht versagen kann. Auf diese Weise hat die Entwicklung des Verkehrs . . . . Anstalten entstehen lassen, welche wie die Dampfschiffahrtsunternehmungen . . . . an wirtschaftlicher Bedeutung die Betriebsstätten der Produktion häufig überragen, wie diese aber einer Summe von Hilfskräften bedürfen, deren Losreißung aus dem ökonomischen Verbande der Hauptsache, abgesehen von den unmittelbaren wirtschaftlichen Nachteilen, das . . öffentliche Interesse gefährden müßte. . . . Es empfiehlt sich daher, wenigstens betreffs der wichtigsten Erscheinungsformen von Unternehmungen der besprochenen Art, die abgesonderte Exekution auf das Zubehör zu untersagen".

[17]) Die Bestimmung des § 251, Z. 9 EO. ist ziemlich wörtlich der Exekutionsnovelle vom Jahre 1887 entnommen. In der Reg. Vorl. zu diesem Gesetze heißt es bloß, daß der Exekution entzogen sind: „Die zum Betriebe einer Apotheke unentbehrlichen Geräte, Gefäße und Waren" (siehe auch § 811, Z. 9 d. ZPO.). Der Beisatz, betreffend die Zulässigkeit der Zwangsverwaltung, wurde erst über Antrag des Ausschusses des AH. eingefügt. Der Ausschußbericht (Kaserer, Materialien 45, S. 28) bemerkt hiezu: „Die Bestimmung [der Reg. Vorl.], welche als im öffentlichen Interesse gelegen vollständig gebilligt wurde, hat der Ausschuß beschränken zu müssen geglaubt und dem Gläubiger den Zugriff auf die Apotheke dann gestattet, wenn die Apotheke als ein Ganzes in Sequestration gezogen wird, weil dann das öffentliche Interesse an der Sanitätspflege nicht gefährdet erscheint." Hiedurch erscheint die betreffende Exekutionsbefreiung unter den Gesichtspunkt der Unzulässigkeit abgesonderter Exekution auf das Zubehör einer Apotheke (vgl. ALR. I., Tit. 2, § 94) gebracht.

[17a]) Vgl. § 343, Abs. 2 EO. (Ermächtigung zur Empfangnahme der an das verwaltete Unternehmen gerichteten Wertsendungen.)

Digitized by Google

Die angeführten Gesetze berechtigen uns zu der Annahme, daß der Begriff des Unternehmenszubehöres kein dem Systeme unserer Rechtsordnung widersprechender ist,[18]) daß man daher auch, abgesehen von den erwähnten Sonderbestimmungen, von dem Zubehör zu einem Unternehmen reden kann, wenn die allgemeinen Voraussetzungen, unter denen ein Pertinenzverhältnis angenommen werden kann, vorliegen. Damit von einem Zubehör zu einem Unternehmen gesprochen werden kann, ist daher notwendig:

a) Das Vorhandensein eines als Hauptsache in Betracht kommenden Unternehmens. Diese scheinbar selbstverständliche Voraussetzung muß deshalb betont werden, weil eine gewisse Neigung besteht, das dem Pertinenzverhältnis eigentümliche sachenrechtliche Band auf mehrere Sachen schon dann zu beziehen, wenn diese demselben wirtschaftlichen Zwecke dienen und dieser Zweck in dem Betriebe eines Gewerbes besteht. Nur wenn der Betrieb des Gewerbes nicht bloß eine Tätigkeit, sondern ein Unternehmen im objektiven Sinne, ein wirkliches Rechtsobjekt bildet, bilden die Betriebsmittel mit diesem Rechtsobjekte und daher auch untereinander eine durch das Pertinenzband zusammengehaltene rechtliche Einheit, soweit das Pertinenzverhältnis überhaupt eine solche schafft. Auch in der älteren deutschen Gesetzgebung begegnet man wiederholt der Erscheinung, daß die zu einem bestimmten Gewerbebetriebe erforderlichen Geräte dem Liegenschaftsrechte unterstellt werden, wodurch oft neben dem Gedanken des größeren wirtschaftlichen Wertes dieser Gegenstände für den Eigentümer[19]) auch der Gedanke des wirtschaftlichen Zusammenhanges zum Ausdrucke gebracht erscheint.[20])

---

[18]) Übrigens hat Zeiller auf die Möglichkeit einer analogen Anwendung des gesetzlich geregelten Zubehörbegriffes auf das Zubehör zu einer Mühle, Fabrik, Apotheke — womit dem Begriff des Unternehmenszubehörs jedenfalls ziemlich nahegerückt erscheint — hingewiesen (vgl. Ofner, I., S. 220, dazu Neumann-Ettenreich a. a. O., S. 3). Vgl. ferner den in der Harrasschen Ausgabe des Cod. Ther. II., S. 29 mitgeteilten Ausspruch Thimfelds, daß unbeweglich sei, „was eines Gewerbsmann sein Gewerb constituirt, als die Wein bei einem Wirth". Bei Beratung der den §§ 293 ff. ABGB. entsprechenden Bestimmungen des westgaliz. GB. wurde vom n. ö. Appellgericht beantragt, man möge als unbeweglich erklären: „Sachen, die zum Betriebe eines Gewerbes gewidmet sind." (Ofner, I., S. 219, vgl. dazu Neumann-Ettenreich a. a. O., S. 3.)

[19]) Vgl. die bei Gierke, Privatrecht, II., § 102, N. 35 mitgeteilten Rechtsquellen.

[20]) Vgl. Tit. VII, § 3 des Kurtrierschen Landrechtes (bei Maurenbrecher, Rheinpr. Landrecht, II.), wo zu den unbeweglichen Gütern gerechnet werden: das Handwerkszeug verschiedener Handwerker, Medikamente und Geräte der Apotheke, die Geräte und Speisenvorräte des Wirtshauses.

Digitized by Google

b) Notwendig ist ein tatsächlicher, sichtlicher Zusammenhang mit dem Betriebe des Unternehmens. Die tatsächliche Verwendung im Betriebe des Unternehmens entspricht dem für die Eigenschaft der Sachpertinenz aufgestellten Voraussetzung der räumlichen Verbindung. Daher sind die aus dem Betriebe des Unternehmens entspringenden Forderungen, die für den Betrieb des Unternehmens erworbenen Patent- und Markenrechte keine Pertinenzen des Unternehmens.[21]) Daß erstere unter Umständen vom rechtlichen Schicksal des Unternehmens mitergriffen werden können, folgt aus dem Fruchtbegriff (vgl. § 13), daß die Markenrechte auf den Erwerber eines Unternehmens von Rechts wegen übergehen, ergibt sich aus der positiven Bestimmung des Gesetzes.[22])

c) Keine Unternehmenspertinenzen sind jene Sachen, die zur Fortsetzung des Betriebes nicht notwendig sind. Maßgebend ist der Umfang des Betriebes, wie er in einem gegebenen Zeitpunkte vorhanden ist. Zubehör sind daher: die beim Betriebe verwendeten Maschinen, Fahrzeuge, das Mobiliar eines Gasthauses. Nach dem Gesichtspunkte, daß dasjenige Zubehör ist, was der Erhaltung des Betriebes dient, ist die Frage zu entscheiden, ob die zur Veräußerung hergestellten Produkte und vorhandenen Rohmaterialien Zubehör sind. Sie sind es dann, wenn durch deren Entziehung aus der Verfügung des Unternehmens der Betrieb eine Stockung erleiden würde.[22a]) So

---

[21]) Vgl. Gierke, II., S. 83.

[22]) Man kann hier und in anderen Fällen, in denen der Erwerber eines Unternehmens ohne besondere Vereinbarung das Recht zum Gebrauche der bestehenden Unternehmenskennzeichen erwirbt, von einer dem Rechte der Pertinenzen ähnlichen Vorschrift oder von Pertinenzen im weiteren Sinne sprechen, muß sich aber klar sein, daß ein wirkliches Pertinenzverhältnis hier begrifflich ausgeschlossen ist.

[22a]) Das auf Grund des Wortlautes der verschiedenen, den Zubehörsbegriff definierenden Gesetzesbestimmungen (vgl. § 294 ABGB., ALR. I. Teil, 2. Tit., § 42, § 97, Abs. 2 DBGB.) von der Theorie aufgestellte Erfordernis der dauernden Widmung scheint der Auffassung der zur Fortsetzung des Betriebes nötigen Waren als Zubehör entgegenzustehen. Im Hinblick auf dieses Erfordernis hat auch das RG. in Strafsachen (28, S. 380) die Pertinenzeigenschaft von Waren — es handelte sich allerdings nur um die Frage des Zubehörs zu einem einem bestimmten Gewerbebetriebe gewidmeten Hause — grundsätzlich verneint. Abgesehen jedoch davon, daß in der Gesetzgebung selbst an manchen Stellen zum Verkaufe bestimmte Waren als Zubehör bezeichnet werden (ALR. I. Teil, 2. Tit., § 95, § 121 BergG.), wäre diesem Einwande entgegenzuhalten, daß zum Verkaufe bestimmte Waren vom Standpunkte des Unternehmers aus den Konsumtibilien gleichzuachten sind. Der mit dem Ausdrucke Ware bezeichnete Gegenstand hat in der Hand des Verkäufers eine vollständig andere wirtschaftliche Funktion als in der Hand des Käufers. Die Ware ist, wenn sie aus dem Betriebe des Unternehmers kommt, wenn

Digitized by Google

hängt die Fortsetzung des Betriebes durch einen Detailhändler davon ab, daß er eine dem räumlichen Umfange seiner Verkaufsstätte entsprechende Menge von Waren feilhalten kann. Waren, die auf Vorrat in den Magazinen lagern, sind in der Regel zur ungestörten Fortsetzung des Betriebes nicht nötig.[23])

d) Eine gewisse individuelle Beziehung zwischen Hauptsache und Pertinenz ist erforderlich.[24]) Mangels einer solchen Beziehung kann bares Geld nie als Zubehör eines Unternehmens angesehen werden, trotzdem jeder Unternehmer zum Betriebe seines Unternehmens eines gewissen Gebarungsfonds bedarf. Dies scheint auch der Ansicht der Gesetzgebung zu entsprechen; ohne Verfügung über eine gewisse Summe baren Geldes kann ebensowenig wie der Betrieb eines Unternehmens die Bewirtschaftung eines Hauses, Landgutes u. dgl. fortgesetzt werden; trotzdem finden wir weder in den Bestimmungen des ABGB. über das Zubehör, noch in den einschlägigen weitergehenden Bestimmungen des BergG. und EisenbBuchG., noch in Art. XI EinfG. zur EO. erwähnt, daß eine sichtlich zum Fortbetrieb des Unternehmens bestimmte vorrätige Summe baren Geldes in irgend einer Hinsicht als Zubehör des Unternehmens anzusehen ist.[25])

---

auch nicht körperlich, so doch wirtschaftlich eine andere Sache geworden. So lange die Ware als solche besteht, ist sie für den Betrieb des Unternehmens geradeso bestimmt und für diesen geradeso notwendig, wie verschiedene zur Bewirtschaftung eines landwirtschaftlichen Grundstückes notwendige Konsumtibilien, denen im Gesetze die Zubehörseigenschaft zuerkannt ist (vgl. § 296 ABGB., § 98, Z. 2 DBGB.). Die dem § 296 ABGB. entsprechende Bestimmung des westgaliz. GB. (II., § 15) nimmt die Zubehörseigenschaft der in § 296 ABGB. aufgezählten Gegenstände insoferne an, „als sie nicht zum Verkehr oder Verbrauch bestimmt sind, sondern zur Fortsetzung des ordentlichen Wirtschaftsbetriebes erforderlich sind". Diese Einschränkung ist vollkommen logisch und richtig bei Abgrenzung des Zubehörs eines Landgutes. Zur Fortsetzung des ordnungsmäßigen Betriebes eines Unternehmens, zur Erhaltung der Kontinuität des Betriebes und damit zur Erhaltung des im Unternehmen bestehenden Vermögensobjektes ist aber eine entsprechende Anzahl von Waren nötig, deren Verschleiß den Gegenstand des Betriebes bildet.

[23]) Das Gesetz kann weiter gehen; vgl. § 121 BergG.

[24]) Man braucht nicht mit Krainz (§ 94) eine Beziehung zwischen dem Individuum der Haupt- und Pertinenzsache zu verlangen; es genügt eine Beziehung zwischen der Gattung, der die Hauptsache und die Pertinenzsache angehört.

[25]) Vgl. auch GlU. Nr. 5705: Unter Zubehör eines Eisenwerkes kann niemals der zum Betriebe und zur Bestreitung der damit verbundenen Barauslagen nötige Barfond verstanden werden. Bezüglich der Bergwerksunternehmung vgl. Goldmann a. a. O., S. 647. — Das erwähnte pr. Ges. vom 8. Juli 1892 geht allerdings weiter. Nach § 4 dieses Gesetzes gehören zur

Digitized by Google

Das Gleiche wie vom baren Gelde gilt von den zum Zwecke der Kapitalsanlage angeschafften Wertpapieren; anders, wenn die Wertpapiere als Waren in Betracht kommen; z. B. sind bei einer Wechselstube die Stücke solcher Wertpapiere, die zur Fortsetzung des im Verkaufe von Wertpapieren bestehenden Betriebes nötig sind, als Zubehör anzusehen.

e) Das Erfordernis der Herstellung der erforderlichen Verbindung durch den Eigentümer hat für die Pertinenz eines Unternehmens die Bedeutung, daß die Einstellung der Pertinenz vom Eigentümer des Unternehmens, nicht vom Eigentümer der körperlichen Sache, mit der die Pertinenz in Verbindung gebracht wird, erfolgt sein muß. Die Maschinen, die ein Fabrikant, der die Fabrik auf gemietetem Grunde betreibt, einstellt, werden also, auch wenn die anderen Voraussetzungen der Gebäudepertinenz vorliegen,[26]) nicht Pertinenzen des Fabriksgebäudes, wohl aber Pertinenzen der Fabriksunternehmung.[27])

Bahneinheit: „— — 2. Die von dem Bahnunternehmen angelegten, zum Betriebe und zur Verwaltung der Bahn erforderlichen Fonde, die Kassenbestände der laufenden Bahnverwaltung, die aus dem Betriebe des Bahnunternehmens unmittelbar erwachsenen Forderungen und Ansprüche des Bahnunternehmens aus Zusicherungen Dritter, welche die Leistung von Zuschüssen für das Bahnunternehmen zum Gegenstande haben.“ Daß hier bloß der Gesichtspunkt der Erhaltung der Betriebsmittel für den Betrieb und nicht etwa der Gesichtspunkt, das Geschäftsvermögen zu einer rechtlichen Einheit auszugestalten, maßgebend war, geht aus den bei Egar a. a. O., S. 40 mitgeteilten Motiven hervor, wo es heißt: „Kassabestände, welche der laufenden Bahnverwaltung entzogen sind, Bankierguthaben, Bestände, welche in Wechseln oder in anderer Weise angelegt sind, haben den engen Zusammenhang mit der Bahneinheit verloren, der es allein rechtfertigen kann, sie als Teile derselben zu behandeln. Nur diejenigen Fonde, welche nach der Bestimmung, zu welcher sie angesammelt sind, lediglich der Erhaltung und Erneuerung der Bahn dienen sollen, die bei der Bahnverwaltung üblichen Reserve- und Erneuerungsfonds sind dieser Bestimmung dadurch zu erhalten, daß sie als von der Bahneinheit umfaßt angesehen werden.“ Vgl. auch Art. 13 der Eisenbahnkonv. vom 9. Mai 1883, RGBl. 1884, Nr. 42 zwischen Österreich-Ungarn, Türkei, Serbien und Bulgarien über die Unzulässigkeit der Exekution auf das feste, bewegliche Material und die Kassenbestände der Eisenbahnen der vertragschließenden Teile.

[26]) Vgl. oben N. 4.

[27]) Diesen Unterschied bringt in treffenden Worten die vom OGH. bestätigte, bei Ohmeyer, S. 98 mitgeteilte E. des LG. Wien vom 2. März 1904 zum Ausdrucke: Der Verpflichtete hatte in seinem eigenen und einem daran anstoßenden, von ihm gemieteten Gebäude ein Hotelgewerbe betrieben, zu dessen Betriebe beide Häuser baulich adaptiert waren. Der Antrag des Verpflichteten, auf Ausscheidung der im gemieteten Gebäude befindlichen und dort gepfändeten Hoteleinrichtungsstücke aus der Exekution (gem. § 252 EO.) wurde abgewiesen, weil diese Einrichtungsstücke zwar Pertinenzen des Hotel-

Digitized by Google

Grundsätzlich ist daran festzuhalten, daß ebenso wie der Pächter oder Mieter eines Grundstückes durch seine Illationen Pertinenzeigenschaft nicht begründet, dies der Pächter eines Unternehmens auch nicht tut. Die herrschende Lehre[28]) nimmt jedoch mit Recht an, daß jene Illationen des Mieters oder Pächters zu Pertinenzen werden, die dieser in der Absicht macht, daß sie Eigentum des Hauptsacheeigentümers werden, insbesondere wenn es sich um die durch den Betrieb der Wirtschaft nötigen Ersätze von vorhandenen Pertinenzen handelt. Daher wird man allen in den Betrieb eines verpachteten Unternehmens eingebrachten Sachen, die der Pächter nach Auflösung des Pachtverhältnisses herauszugeben hat, bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen die Pertinenzeigenschaft zuerkennen müssen.[29])

Auch Grundstücke sind begrifflich nicht davon ausgeschlossen, das Zubehör eines Unternehmens zu bilden;[30]) nur werden auf solche Grundstücke die wichtigsten, aus dem Zubehörsverhältnis sich ergebenden Rechtssätze infolge der für die Entstehung und Übertragung von dinglichen Rechten an Grundstücken bestehenden und keine Ausnahmen zulassenden Vorschriften keine Anwendung finden.

Das Band, welches das Unternehmen mit seinem Zubehör verbindet, hat nicht die Bedeutung, daß eine Exekution auf einzelne Zubehörstücke schlechtweg ausgeschlossen ist. Daraus, daß irgend einer Sache die Pertinenzeigenschaft zukommt, folgt noch nicht die Unzulässigkeit abgesonderter Exekution auf diese Sache. Dem Gedanken, daß Sachen, die nur in einem bestimmten Zusammenhange wirtschaftliche oder kulturelle Zwecke erfüllen können, nicht im Wege der Exekution aus diesem Zusammenhange gerissen werden sollen, hat die österreichische (und auch die deutsche) Gesetzgebung nur in einzelnen

---

unternehmens, nicht aber des dem Verpflichteten nicht gehörenden Hotelgrundstückes seien. Dagegen hat das auch von Gierke (Privatrecht, II., S..72, N. 8) zustimmend mitgeteilte Erk. des RG., 47, S. 197 die Pertinenzeigenschaft von Kähnen zu einem Gasthausgrundstück anerkannt, die der Eigentümer dieses Grundstückes auf einem von ihm gepachteten Nachbarteiche zu dem Zwecke unterhielt, um seinen Gästen die Möglichkeit einer Lustschiffahrt zu bieten; alles, was das RG., dem der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen dem Gasthausgrundstücke und den Kähnen vollkommen klar war, zur Begründung der Pertinenzeigenschaft anführt, kann nur dartun, daß die Kähne als Pertinenz des Gasthausunternehmens, nicht aber, daß sie als Pertinenz des Gasthausgrundstückes anzusehen sind.

[28]) Vgl. statt aller Kohler a. a. O., S. 74.

[29]) Vgl. Schönewald a. a. O., S. 46 und auch Kohler a. a. O., S. 70, N. 143.

[30]) Vgl. Exner a. a. O., OGH. zu München in Goldschmidts Z., 20, S. 608: Immobilien als Zubehör eines Apothekergeschäftes.

Digitized by Google

Fällen Rechnung getragen.[31]) Das Gesetz untersagt nur die abgesonderte Exekution auf das Zubehör einer Liegenschaft, eines Schiffes und auf das Zubehör bestimmter Unternehmungen.[32]) Es handelt sich hiebei durchwegs um Unternehmungen, an deren fortgesetzten ungestörten Betrieb erhebliche öffentliche Interessen bestehen. Wo solche öffentliche Interessen fehlen, hat der Gesetzgeber das allgemeine wirtschaftliche Moment, das überhaupt gegen eine abgesonderte Exekution auf Zubehörstücke spricht, die Vermeidung der Wertzerstörung einer wirtschaftlichen Einheit durch Auseinanderreißen ihrer Bestandteile, nicht für bedeutsam genug erachtet, um das Zubehör einer abgesonderten Exekution zu entziehen. Der Gesetzgeber hat hieran auch vollkommen Recht getan.[33]) Das Interesse des Gläubigers muß — wo nicht die erwähnten besonderen öffentlichen Interessen obwalten — dem allgemeinen volkswirtschaftlichen Interesse, durch Spezialexekutionen auf wirtschaftlich zusammengehörende Sachen entstehende Wertverminderungen und Wertzerstörungen zu vermeiden,[34]) vorgehen. Der Gläubiger findet in der Möglichkeit einer Exekution auf das Unternehmen als solches[35]) für die Exekution auf das Zubehör nicht immer den Ersatz, den ihm die Exekution auf ein Haus, Landgut oder Schiff für die ihm versagte abgesonderte Exekution auf das Zubehör dieser Sachen bietet. Die Exekution auf das Unternehmen als solches bietet — zumal, wenn sie, wie nach positivem

---

[31]) Über das weitergehende französische Recht vgl. Kohler a. a. O., S. 92.

[32]) Daraus, daß eine Exekution auf Zubehörsstücke eines Unternehmens nicht ausgeschlossen ist, kann man nicht mit R. Pollak (Zwangsverwaltung, S. 4 ff.) folgern, daß das Recht den wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen Unternehmen und seinem Zubehör nicht anerkennt; die rechtlichen Wirkungen der Zubehörseigenschaft bestehen eben nicht immer und nicht nur in dem Ausschlusse abgesonderter Exekution.

[33]) In der Literatur wird allerdings zuweilen de lege ferenda eine Ausdehnung der Bestimmung des § 252 EO. auf das Zubehör eines Unternehmens als wünschenswert bezeichnet. (Vgl. R. Pollak a. a. O., S. 9, Ohmeyer, S. 84.)

[34]) Dabei muß allerdings anerkannt werden, daß das staatliche Interesse an der Erhaltung eines Unternehmens, auch wenn nicht gerade besondere Interessen des öffentlichen Verkehrs und der öffentlichen Wohlfahrt mitspielen, in der Regel immer größer ist als das allgemeine volkswirtschaftliche Interesse an der objektiven Erhaltung irgend einer Sache. (Vgl. hiezu R. Pollak a. a. O., S. 4, und unten § 18.)

[35]) Ohne die rechtliche Anerkennung einer solchen Exekution wäre eine allgemeine Bestimmung, die das Zubehör eines Unternehmens abgesonderter Exekution unzugänglich macht, überhaupt undenkbar. Der Schuldner kann nicht einfach Gegenstände durch Illation in den Betrieb eines Unternehmens dem Zugriffe seiner Gläubiger entziehen.

Digitized by Google

österr. Rechte nur im Wege der Zwangsverwaltung oder Zwangsverpachtung erfolgen kann[36]) — ein nicht immer durchführbares und nur langsam zur Befriedigung führendes Exekutionsmittel. Die Forderungen, zu deren Gunsten die Exekution auf das Zubehör des Unternehmens stattfindet, sind zumeist im Betriebe dieses Unternehmens entstanden, es handelt sich zumeist um Forderungen von Geschäfts- und Gewerbsleuten, bei denen ein wirtschaftliches Bedürfnis nach einer möglichst raschen Realisierung besteht. Auf die gesetzliche Anerkennung dieses Bedürfnisses ist ja zum großen Teile die Beschleunigung des Verfahrens bei der Mobilarexekution im Verhältnis zu dem langsamen Gange der Immobilarexekution zurückzuführen.[37]) Die Möglichkeit einer Exekution auf das Unternehmen als Ganzes kann dagegen in die Wagschale fallen bei der Abwägung zwischen dem neben dem allgemeinen Interesse an der Erhaltung einer wirtschaftlichen Einheit bestehenden besonderen öffentlichen Interesse an der ungestörten Aufrechterhaltung des Betriebes bestimmter Unternehmungen und dem Interesse des Gläubigers an rascher Befriedigung durch Separatexekution. Jedenfalls wird sich der Gesetzgeber leichter zu einem Schutze solcher öffentlicher Interessen durch ein Verbot

---

[36]) Hierüber Näheres in § 13.

[37]) Dagegen kann freilich eingewendet werden, daß dem durch Zulassung einer abgesonderten Exekution auf Zubehörsstücke zu befriedigenden Bedürfnisse nach einer raschen Realisierung der aus dem handelsgewerblichen Verkehr entspringenden Forderungen auch dann nicht entsprochen wird, wenn die betreffenden Zubehörstücke als Pertinenzen einer Realität anzusehen sind, z. B. wenn der Lieferant einer Maschine zur Hereinbringung der Kaufpreisforderung für diese Maschine auf diese nicht greifen kann, weil sie Zubehör des Fabriksgebäudes geworden ist. In der Tat erscheint dieser durch § 252 EO. geschaffene Rechtszustand nicht vollkommen befriedigend. Das HofD. vom 7. April 1826 hat der abgesonderten Exekution bloß das Zubehör eines landwirtschaftlichen Gutes entzogen. § 252 EO. hat die Praxis, die diese Bestimmung auf das Zubehör aller Realitäten ausdehnte (hiegegen schon Schiffner, § 18, N. 21), sanktioniert. Man führe nicht, wie es so oft geschieht, das Interesse der Hypothekargläubiger, die die Sicherheit für den gewährten Kredit nicht in den nackten Mauern des Fabriksgebäudes erblicken, ins Feld. Besteht an einem Grundstücke eine Hypothek, so ergreift sie natürlich auch das Zubehör, weshalb der Hypothekargläubiger einer abgesonderten Exekution auf das Zubehör zu widersprechen befugt ist. (Vgl. die von Kohler a. a. O., S. 79 mitgeteilten deutschen Partikularrechte, nach denen eine abgesonderte Exekution auf die Pertinenzen zugelassen, den Hypothekargläubigern aber ein Widerspruchsrecht gewährt war.) Dies ist aber kaum ein Grund, eine abgesonderte Exekution auf das Zubehör auch dort zu versagen, wo eine Kollision mit den Interessen der Hypothekargläubiger gar nicht möglich ist. (Dieser Gedanke findet sich auch bei Eger a. a. O., S. 567 angedeutet.)

Digitized by Google

abgesonderter Exekution auf das Zubehör eines Unternehmens entschließen, wenn dem Gläubiger der Wert dieses Zubehörs nicht vollständig entzogen, sondern mittelbar im Wege einer Exekution auf das Unternehmen als solches zugänglich ist.

Es ist zu beachten, daß die Pertinenz eines Unternehmens gleichzeitig Pertinenz einer körperlichen Sache, die selbst wieder Pertinenz des Unternehmens sein kann, bilden kann; z. B. die Laternen zu den Fahrzeugen einer Omnibusunternehmung, die Maschinen einer Fabrik; die Maschinen können zwar zusammen mit der Realität, obzwar die letztere selbst ein Zubehör des Unternehmens bildet, in Exekution gezogen werden, nicht aber abgesondert von der Realität. Kommt es im Falle einer gleichzeitig auf die Fabriksrealität und das Fabriksunternehmen geführten Zwangsverwaltung zu der in § 13 näher erörterten Absonderung des den Hypothekargläubigern gebührenden Ertrages der Realität aus dem Gesamtertrage des Unternehmens, so ist bei Bestimmung des Umfanges dieses abzusondernden Ertrages auch auf die ein Zubehör der Fabriksrealität bildenden Maschinen Bedacht zu nehmen.

Die wichtigste Bedeutung der Ausdehnung des Pertinenzbegriffes auf das Unternehmen besteht in der Anwendung des für das Zubehör von körperlichen Sachen geltenden Rechtssatzes, daß die Hauptsache betreffende Rechtsänderungen ihre Wirkungen auf alle Gegenstände erstrecken, denen zur Zeit der die Rechtsänderung bewirkenden Tatsache Pertinenzqualität zukommt, daß das Zubehör dem rechtlichen Schicksale der Hauptsache folgt.[39]) Dieser Satz betrifft einmal die obligatorische Seite eines Verfügungsgeschäftes über ein Unternehmen.[40] Wer ein Unternehmen veräußert oder verpachtet, ist jedenfalls im Zweifel verpflichtet, die zur Zeit des Geschäftsabschlusses vorhandenen Zubehörstücke — wenn nicht inzwischen durch den ordnungsmäßigen Betrieb des Unternehmens eine Veränderung in deren Bestande eingetreten ist — zu übergeben.[41]) Die dingliche Wirkung

[39]) Der Satz ist zwar nicht immer in den Gesetzen allgemein ausgesprochen — § 66 des sächsischen BGB. enthielt eine derartige allgemeine Bestimmung — ergibt sich aber aus zahlreichen Einzelbestimmungen; vgl. Kohler a. a. O., S. 96; Gierke, Pr. R., II., S. 76; und für das österr. Recht: §§ 457, 1047, 1061 ABGB., Krainz-Ehrenzweig, § 95.

[40]) Die ältere Theorie leitete diese Wirkung aus dem vermuteten Parteiwillen ab; die neuere Theorie führt diese Wirkung auf den objektiven Bestand des schon in der Nennung des Gegenstandes der Verfügung ausgedrückten Sachganzen zurück (vgl. statt aller Gierke, Pr. R., II., S. 67).

[41]) Das Verfügungsgeschäft über ein Unternehmen kann sich im Zweifel allerdings auch auf andere Gegenstände als Zubehörsstücke beziehen. Dies beruht aber dann nicht auf einem sachenrechtlichen Zusammenhang, sondern

Digitized by Google

der Pertinenzeigenschaft hat die geringste Wirkung bei der Übergabe eines Unternehmens behufs Erfüllung eines Veräußerungsgeschäftes. Erfolgt die Übergabe durch Überlassung der selbst als Zubehör in Betracht kommenden Produktionsfaktoren oder durch Einführung in die Organisation, so gelangt schon dadurch der Erwerber in der Regel zu den Pertinenzen in das dem Eigentumsrechte entsprechende tatsächliche Verhältnis. Er erlangt schon durch den die Übergabe des Unternehmens bewirkenden Akt Besitz an den Pertinenzen und daher in Verbindung mit dem auf Eigentumsübertragung gerichteten Willen das Eigentum. Erfolgt die Übergabe lediglich durch die Gestattung des Gebrauches jener Bezeichnungen, an deren Verwendung die den Wert des Unternehmens bildende Absatzgelegenheit gebunden ist, so erscheint hiedurch das Pertinenzverhältnis der Zubehörstücke gelöst. Z. B. kann ein Zeitungsunternehmen, dessen Organisation von so geringem Umfange ist, daß sie wirtschaftlich gar nicht in Betracht kommt, schon dadurch übertragen werden, daß dem Erwerber gestattet wird, eine Zeitung unter gleichem Titel und mit gleicher Ausstattung herauszugeben. Der Erwerber, der von dieser Gestattung Gebrauch macht, ist dadurch noch nicht Eigentümer der vorhandenen Abonnentenlisten, vorrätigen Exemplare und anderen literarischen und redaktionellen Behelfe geworden. Die Eigenschaft dieser Gegenstände als Zubehör des Unternehmens äußert sich nur in der obligatorischen Verpflichtung des Veräußerers zu deren Übertragung.[42])

---

auf der Auslegung des Parteiwollens. So wird der Gesichtspunkt, daß im Zweifel dem Erwerber eines Gegenstandes auch dessen noch nicht bezogene Früchte zufallen sollen, zur Annahme führen, daß bei Veräußerung eines Handelsgeschäftes auch die außenstehenden Forderungen als mitveräußert gelten (Cosack, § 14, Staub, Anm. 24 zu § 22 und die dort angeführte Judikatur), daß bei Vermächtnis eines Handelsgeschäftes die außenstehenden Forderungen als mitvermacht gelten. (Stegemann, S. 22.)

[42]) Mit Recht lehnt die Theorie die Annahme einer Universalsukzession beim Erwerbe eines Handelsgeschäftes ab. (Vgl. Lehmann, S. 114, Staub, Anm. 27 zu § 22, Gierke, II., S. 65.) Wenn mit dem Geschäftserwerbe gewisse Rechte, wie z. B. Markenrechte ipso jure übergehen, so beruht dies auf den positiven Bestimmungen des Gesetzes. Auf eine im Veräußerungsvertrage liegende Abtretung wird häufig der Übergang der außenstehenden Geschäftsforderungen zurückgeführt. (Vgl. ROHG. 2, S. 155.) Die Richtigkeit dieser Konstruktion und deren Anwendbarkeit für das österr. Recht mag hier dahingestellt bleiben. Daneben gibt es freilich Fälle, in denen ein ganzes Geschäftsvermögen, abgesehen vom Falle der Vererbung, im Wege der Universalsukzession auf einen anderen übertragen wird, ohne daß es der Tatsachen bedürfte, die nach dem bürgerlichen Recht den Übergang der einzelnen Vermögensbestandteile bewirken. Hieher gehört die in Art. 247 HGB. geregelte Fusion einer Aktiengesellschaft (so wenigstens die herrschende Meinung; Näheres bei Staub, österr. Ausgabe, § 6 zu Art. 247), nach

Digitized by Google

Von praktischer Bedeutung wird der Satz, daß das am Unternehmen bestehende Recht sich auch auf dessen Zubehör erstreckt, wenn ein Gläubiger durch Einleitung der Zwangsverwaltung oder Zwangsverpachtung an einem Unternehmen das dem Pfandrechte ähnliche Befriedigungsrecht erwirbt oder wenn ein Unternehmen im Miteigentume mehrerer Personen steht. Befriedigungsrecht und Miteigentumsrecht erstrecken sich auch auf das Zubehör. Daraus ergibt sich, daß der betreibende Gläubiger, zu dessen Gunsten das Befriedigungsrecht besteht, sowie jeder Miteigentümer, gegen den ein Exekutionstitel nicht vorliegt, gegen eine Exekution auf Stücke des Zubehörs oder Anteilen an diesen Widerspruch erheben kann. Näheres hierüber in §§ 13 und 17.

§ 7.

3. Der Wert des Unternehmens.

Das Unternehmen, das den Gegenstand entgeltlicher Rechtsgeschäfte bildet, gehört zu den schätzbaren Sachen (§ 303 ABGB.). Die Feststellung des Verkehrswertes eines Unternehmens ist in vielen Fällen von rechtlicher Erheblichkeit, z. B.: Im Erbrechte, wenn es sich um die Bemessung der Übertragungsgebühr oder die Entscheidung der Frage handelt, ob Pflichtteilsansprüche erfüllt oder verletzt sind; im Falle des Ausscheidens eines Mitunternehmers aus einer Unternehmensgemeinschaft, wenn der Abfindungsanspruch des Ausscheidenden ermittelt werden soll; überall, wo das Gesetz ein bestimmtes Wertverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung verlangt, bei der Frage nach einer erlittenen Verletzung über die Hälfte, bei der Frage, ob das in eine Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. als Sacheinlage eingebrachte Unternehmen dem Nennwerte der dem Inferenten hiefür gewährten Mitgliedschaftsrechte entspricht (vgl. §§ 186, 191 DHGB., § 9, Abs. 2 AReg., § 6, Abs. 4 GmbHG.); endlich im Falle

deutschem Handelsrechte die Verstaatlichung einer Aktiengesellschaft und Verschmelzung mit einer anderen ohne Liquidation (§§ 304, 306 DHGB., dazu Staub zu diesen Paragraphen), die Verstaatlichung einer Gesellschaft m. b. H. (§ 95 GmbHG.). Nach deutschem Recht gehört hieher auch die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft m. b. H. (§ 81 des d. GmbHG.), während das österr. GmbHG. (§ 97—100) hier überhaupt keine Vermögensübertragung von einem Rechtssubjekte auf das andere, sondern nur eine Änderung in der Beteilungsform an einer und derselben juristischen Person erblickt. (Vgl. Reg.-Motive bei Škerlj, S. 127—130.) Die Erörterung der bestrittenen Frage, ob bei Eintritt eines Gesellschafters in eine bestehende Gesellschaft ein Gesamterwerb der entsprechenden Quoten an den einzelnen gesellschaftlichen Aktiven stattfindet (vgl. Literatur bei Oertmann, S. 799), würde zu weit abführen.

Digitized by Google

einer Exekution auf ein Unternehmen, um festzustellen, ob die im Gesetze festgesetzte Verschleuderungsgrenze eingehalten ist. Mit Rücksicht auf den verhältnismäßig geringen Verkehr mit Unternehmungen und die bei jedem Unternehmen in Betracht kommenden besonderen Verhältnisse besteht für Unternehmen kein gangbarer Verkaufspreis; der Wert eines einzelnen Unternehmens kann immer nur im Wege einer Kapitalisierung des Reinertrages ermittelt werden,[1]) das heißt der Bruttoerträgnisse für eine bestimmte Zeitperiode, abzüglich der auf diese Zeit fallenden Betriebskosten. Bei der Frage, welcher Zinsfuß dieser Kapitalisierung zu Grunde zu legen ist, müssen andere Momente in Betracht kommen als bei der Bewertung irgend einer anderen Sache, z. B. eines Landgutes nach dem Ertrage. Einmal spielt beim Betriebe eines Unternehmens das Moment der persönlichen Arbeit eine in der Regel erheblichere Rolle als bei irgend einem anderen fruchtbringenden Vermögensobjekte;[2]) dann kommt in Betracht, daß die Dauer der Existenz des Unternehmens als eines Vermögensobjektes von einer Reihe von Zufällen abhängt, denen die Existenz einer körperlichen Sache nicht unterworfen ist. Ein ertragreiches Unternehmen kann infolge plötzlicher Änderung in der Konjunktur, Änderung in den Bedürfnissen des Publikums, infolge Entstehung eines Konkurrenzunternehmens jede Ertragsfähigkeit einbüßen. Der Verlust der persönlichen Arbeitskraft des Unternehmers kann ein Unternehmen, ehe sich ein Stellvertreter, Käufer oder Pächter findet, zum Untergange bringen. Der Zinsfuß, der der erwähnten Kapitalisierung zu Grunde zu legen ist, wird daher in der Regel ein bedeutend höherer sein müssen als bei irgend einem anderen Vermögensobjekte, dessen Wert durch Kapitalisierung des Reinertrages ermittelt werden soll.[3])

---

[1]) Vgl. § 191 DHGB., § 9 AReg. (Ausweis der Betriebsergebnisse eines von der Aktiengesellschaft zu erwerbenden Unternehmens während der letzten zwei Geschäftsjahre). Vgl. Seidler, Die Vermögensbewertung in den Bilanzen der Aktiengesellschaften, Z. für Volkswirtschaft, 1905, S. 406.

[2]) Vgl. Pfizer bei Holdheim, 4., S. 199: „Der Inhaber einer prosperierenden Fabrik wird diese nie um den Inventarswert verkaufen, aber ebensowenig wird sich ein verständiger Käufer — — bereit finden, dem Inhaber neben dem Inventarswert den vollen Betrag seines kapitalisierten Arbeitserwerbes zu zahlen."

[3]) § 19 der Realschutzordg., der — wie noch ausgeführt werden wird — nicht bloß die Schätzung von Liegenschaften, sondern auch die Schätzung des Unternehmens, in dessen Betrieb die Liegenschaft verwendet wird, regelt, trägt diesem Umstande durch die Vorschrift Rechnung, daß der Zinsfuß, nach dem der Ertrag von Liegenschaften mit industriellen Anlagen zu kapitalisieren ist, von Fall zu Fall festzustellen ist.

Digitized by Google

Die Tatsache, daß das Unternehmen einen von dem Werte der in seinem Betriebe verwendeten Sachgüter unabhängigen Wert hat, wird im geschäftlichen Verkehr nicht übersehen. Wir sehen ja wiederholt, daß ein im Betriebe befindliches Fabriks- oder ähnliches Etablissement um einen Betrag gekauft wird, der den Wert der Anlage, Betriebsmittel und anderen mitveräußerten Bestandteile des Geschäftsvermögens bedeutend übersteigt.[4])

Die Feststellung, welcher Teil des Gesamtpreises auf das Unternehmen als solches und welcher auf die mitveräußerten Zubehörsstücke und anderen Bestandteile des Geschäftsvermögens entfällt, ist von Wichtigkeit, wenn der Preis einzelner dieser Vermögensstücke einem besonderen Schicksale unterliegt. So wird der Bemessung der Übertragungsgebühr bei Realitäten nach § 50, Z. 1 GebG. in der Regel der bedungene Kaufpreis als Wert der Realität zu Grunde gelegt. Wird ein im Betriebe befindliches Unternehmen samt den zum Betriebe erforderlichen Grundstücken verkauft, so ist nur jener Teil des Kaufpreises der Immobiliargebühr zu unterziehen, der auf den Sachwert der Realität samt den des Liegenschaftszubehörs entfällt,[5]) nicht aber jener Teil des Kaufpreises, der die Gegenleistung für die überlassene Organisation der Produktionsmittel und die gesicherte Absatzgelegenheit darstellt.[6]) Bei Zwangsverwaltung und Versteigerung von Realitäten, die als Unterlagen gewerblicher Betriebe dienen, stellt in den

---

[4]) Vgl. die bei Simon (Die Bilanzen der Aktiengesellschaften [2], S. 172) aus der Praxis mitgeteilten Beispiele. Die Praxis der Gerichte setzt sich über die im Texte erwähnte Tatsache wiederholt hinweg. Vgl. aus den Gründen des OLG. Hamburg bei SeuffA. 40, Nr. 194, wo als Wert eines Geschäftes lediglich der Wert der Waren und Geräte angenommen wurde: „Man kann nicht sagen, daß derjenige, der ein Geschäft betreibt, ein Vermögen besitzt, welches dem Wert der reellen Aktiven nach Abzug der Passsiven übersteigt; allerdings kommen nicht selten Verträge über Geschäfte vor, wo ein höherer Preis als der Wert der Waren gezahlt wird — — aber derartige Verträge sind keine Kaufverträge, sie haben nur eine persönliche Leistung des sein Geschäft Abtretenden zum Gegenstande." (Vgl. oben § 3, Anm. 6.) Vgl. ferner LG. Wien, 12. Juni 1903, NotZ. 1903, S. 221: Bei der Einschätzung eines im Nachlasse befindlichen Unternehmens wurde lediglich der Inventarswert der einzelnen Stücke des Geschäftsvermögens berücksichtigt. Vgl. hierüber noch § 9.

[5]) Diese Auffassung kommt auch bei Budw. 6863 zum Ausdrucke.

[6]) Auf einer mangelnden Beachtung dieser beiden von dem durch physische Beschaffenheit und örtliche Lage bedingten Sachwerte eines Grundstückes verschiedenen Faktoren beruht es, wenn das RG. (DHZ., 1904, S. 457) ganz allgemein sagt: „— — allerdings sei der Ertrag des auf einem Grundstücke betriebenen Gewerbes und der Ertrag des Grundstückes auseinanderzuhalten, indessen sei bei einem Gewerbe, dessen Betrieb im Wesentlichen in der Verarbeitung des im Grund und Boden vorhandenen

Digitized by Google

Fällen, in denen eine Verwaltung oder Versteigerung der Realität abgesondert von dem hierauf betriebenen Unternehmen nicht möglich oder nicht zweckmäßig ist, der Versteigerungserlös und die Verwaltungsmasse zwar den ganzen Erlös oder die gesamten bei der Verwaltung erzielten Übertragsüberschüsse dar;[7]) trotzdem muß jener Betrag ermittelt werden, der sich bloß als Erlös oder Ertrag der Liegenschaft samt Liegenschaftszubehör darstellt. Denn nur auf diesen Betrag haben die Hypothekargläubiger als solche Anspruch. (Vgl. unten § 13.)

Die Existenz des Unternehmens als eines einen Verkehrswert genießenden Vermögensobjektes wird nicht unmittelbar durch die Tatsache aufgehoben, daß in einem gegebenen Momente die Geschäftspassiven die Geschäftsaktiven übersteigen. Dies ist ja im Falle des Konkurses, im Falle der Zwangsverwaltung oder Zwangsverpachtung eines Unternehmens regelmäßig der Fall.[8]) Trotzdem zeigt sich der Verkehrswert des passiven Unternehmens deutlich darin, daß es im Konkurse veräußert oder gegen Entgelt verpachtet werden kann.[9]) Der Unternehmer hat in seinem Unternehmen ein Vermögensobjekt, durch dessen freiwillige oder zwangsweise Verwertung die Geschäftsgläubiger befriedigt werden können.[10]) Auch bei der Entscheidung

---

Rohmateriales bestehe, wie bei einem Steinbruch, einem Torfstich, einer Ziegelei, die Gewinnung des Materiales derart auf den Ertrag des Gewerbes ausschlaggebend, daß der Gewerbebetrieb unbedenklich als eine Benützung des Grundstückes bezeichnet werden könne und müsse."

[7]) Die Realschätzordg. trägt diesem Gedanken insoferne Rechnung, daß in § 16, Abs. 2 die Schätzung von Liegenschaften mit (im Betriebe befindlichen) industriellen oder montanistischen Betrieben durch Kapitalisierung des Reinertrages vorgeschrieben ist, worunter nur der Reinertrag des ganzen Unternehmens gemeint sein kann. (Über die materiellrechtliche Bedeutung dieser Vorschrift vgl. unten §§ 13, N, 32.) Bei Liegenschaften, die anderen als den erwähnten Unternehmungen als Unterlage dienen, ist eine Schätzung durch Kapitalisierung des Reinertrages des Unternehmens nicht zulässig. (LG. Wien, 16. Jänner 1904 bei Ohmeyer, S. 95: Die Schätzung einer einem Theaterunternehmen gewidmeten Realität durch Kapitalisierung des Reinertrages des Unternehmens ist unzulässig; zu berücksichtigen ist bloß der Miet- oder Pachtwert der Realität.)

[8]) Nicht immer ist dies der Fall. Konkurs und Exekution auf ein Unternehmen können in Privatschulden des Unternehmers ihren Grund haben oder ohne wirkliche Überschuldung bloß durch den Mangel parater Zahlungsmittel veranlaßt sein.

[9]) Mit dieser Tatsache scheint die herrschende Lehre, die das Handelsgeschäft als einen Inbegriff der Geschäftsaktiven und Geschäftspassiven bezeichnet, nicht zu rechnen.

[10]) Um diese Art der Befriedigung würde ein Gläubiger des Unternehmens kommen, wenn einmal ein Gesetzgeber sich entschließen würde,

Digitized by Google

der Frage, ob der Kridatar nach § 486 StG. straffällig wird, muß auf das in dem Unternehmen selbst bestehenden Aktivum Bedacht genommen werden.

Das Unternehmen bildet neben den im Betriebe verwendeten, aber nicht die Zubehörseigenschaft genießenden Gegenständen und neben den Geschäftsforderungen einen Bestandteil im Vermögen des Unternehmers; trotzdem finden wir, daß in der Regel diesem Aktivum kein Posten in der kaufmännischen Bilanz entspricht,[11]) und diese kaufmännische Gepflogenheit findet tatsächlich in den Grundsätzen über die Bilanzaufstellung ihre Rechtfertigung.

Es sind folgende Fälle zu unterscheiden:

---

die so oft de lege ferenda begehrte unbedingte Haftung des Erwerbers eines Unternehmens für die Geschäftsverbindlichkeiten des Vorgängers wirklich auszusprechen. Beim Bestande eines solchen Rechtssatzes würde sich für ein Unternehmen, dessen Überschuldung feststeht oder zu vermuten ist, kaum ein Käufer finden. Diese nachteilige Wirkung einer unbeschränkten Haftung des Geschäftserwerbers für die Geschäftspassiven des Vorgängers auf den Verkehr mit Unternehmungen wird auch in den Motiven zu dem ungar. Entw. anerkannt, der in der Normierung der in Rede stehenden Haftung des Geschäftserwerbers ziemlich weit geht. Die Motive führen, die die Haftung des Erwerbers einschränkende Bestimmung (vgl. § 14, N. 9) begründend, hiezu aus: „Der Entwurf will die auf Geschäftsübertragung hinzielenden, ernstgemeinten und redlichen Geschäfte nicht mehr erschweren als notwendig ist, weil ein bestehendes Handelsgeschäft keinen unbedeutenden wirtschaftlichen Wert darstellt und der Kaufmann, der sein Geschäft nicht weiter führen kann, müßte dieses Wertes verlustig werden, wenn es ihm unmöglich wäre, das Geschäft als Ganzes zu verkaufen.“ Darauf, daß die Möglichkeit der Realisierung dieses Wertes auch im Interesse der Geschäftsgläubiger gelegen sein kann, legen jedoch die Motive zu wenig Gewicht, wenn sie ausführen: „Es ist auch nicht erwünscht, daß das Gesetz die Übertragung eines mit Schulden überlasteten Geschäftes erleichtert, da in solchen Fällen die Übertragung in der Regel eine Schädigung der Gläubiger bezweckt.“

[11]) Die Frage, ob der Wert des Unternehmens als solcher in der Bilanz zum Ausdrucke zu bringen ist, wurde in verschiedener Formulierung wiederholt in der Literatur aufgeworfen und erörtert. Vgl. insbesonders: Simon, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften[2], S. 158 ff., 170 ff.; Reisch und Kreibig, Bilanz und Steuer, I.[2], S. 330, II., S. 82; Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und Gesellschaften m. b. H., S. 183, 184, 189, 260; Pfizer bei Holdheim, 4., S. 199; Seidler, Die Vermögensbewertung in den Bilanzen der Aktiengesellschaften, Z. für Volkswirtschaft, 1905, S. 400; Sattler, Die Revision bei Gründung von Aktiengesellschaften, S. 65; R. Fischer, Die Bilanzwerte, was sie sind und was sie nicht sind, 1. Teil, S. 103; Maatz, Die kaufmännische Bilanz und das steuerbare Einkommen, S. 223; Staub, Anm. 5 zu § 40; Behrend, S. 746; Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften, II., S. 302; Fröhlich, Schätzung und Wertbestimmung, GZ., 1907, S. 155, Anm. 20.

Digitized by Google

a) Der regelmäßige Fall wird der sein, daß im Betriebe eines Unternehmens eine Reihe von Sachgütern (Gebäuden, Maschinen, Waren usw.) verwendet wird, deren Beziehung zum Unternehmen entweder darin besteht, daß sie als Zubehör des Unternehmens anzusehen sind, oder daß auch deren Übertragung notwendig ist, um die Übertragung des Unternehmens zu bewirken. Würde nun der Wert des Unternehmens samt seinem Zubehör in der Bilanz erscheinen, so würde diesem Aktivum nicht ein bestimmtes Vermögensstück, sondern der größte Teil des Geschäftsvermögens entsprechen. Dies würde aber dem, den Vorschriften über Inventar- und Bilanzaufnahme zu Grunde liegenden Grundsatze, daß die einzelnen Vermögensstücke abgesondert anzuführen sind, widersprechen. Daß eine Anzahl von Vermögensstücken, von denen jedes einzelne eine selbständige Existenz und einen selbständigen Verkehrswert besitzt, in gewisser Hinsicht zusammen als eine rechtliche Einheit angesehen werden, kommt für die Bilanzaufstellung nicht in Betracht. Es wird keinem Fabrikanten einfallen, sein Fabriksgebäude samt allen als Liegenschaftszubehör anzusehenden Maschinen als eine Post in der Bilanz anzuführen; ebensowenig würde in der Bilanz einer Eisenbahnunternehmung, alle zusammen die bücherliche Bahneinheit bildenden Gegenstände, als eine Post erscheinen. Losgelöst von den einzeln bewerteten Sachgütern bildet aber in dem vorausgesetzten Falle die Organisation der Produktionsmittel und die gesicherte Absatzgelegenheit kein selbständiges Vermögensobjekt mehr.[12]) In die Bilanz dürfen aber nur reelle, eine selbständige Existenz genießende Vermögensobjekte aufgenommen werden.[13])

---

[12]) Ein Hotelgrundstück behält seinen Wert, wenn mit dem Wegfallen des Hotelbetriebes die Organisation der Produktionsmittel und die Absatzgelegenheit wegfällt, die dem Hotelunternehmen einen den Wert des Hotelgrundstückes übersteigenden Wert verleiht. Verliert jedoch der Hotelunternehmer das Hotelgrundstück (z. B. im Wege einer Expropriation), so ist in der Regel auch das Hotelunternehmen weggefallen, da sich die Organisation der Produktionsmittel und die vorhandene Absatzgelegenheit, wenn sie auch einen vom Grundstückswerte selbständigen Wert besitzen, in der Regel auf ein anderes Grundstück nicht übertragen lassen. Auf den im Texte vorausgesetzten Fall ist der etwas zu allgemein gefaßte Passus aus dem Kommissionsberichte zur deutschen Aktiennovelle vom Jahre 1884 (mitgeteilt bei Simon a. a. O., S. 170, N. 60) „die Kundschaft ist zwar nie ein selbständiges Aktivum, kann aber ein solches in Verbindung mit dem Geschäfte und anderen Vermögensobjekten darstellen", zutreffend.

[13]) Der Mangel eines nach Bilanzierung der anderen Aktiven erübrigenden selbständigen Vermögensobjektes, nicht bloß der Mangel der Verkehrsfähigkeit ist der Grund für die im Texte aufgestellte Behauptung der mangelnden Bilanzfähigkeit. Die Frage, ob die Übertragbarkeit irgend eines Gegenstandes eine Voraussetzung für seine Aufnahme in die Bilanz bildet oder ob z. B.

Digitized by Google

Es kommt in dem in Rede stehenden Falle nicht darauf an, ob der Kaufmann die vorhandene Organisation der Produktionsmittel oder gesicherte Absatzgelegenheit derivativ[14]) durch Ankauf eines bereits im Betriebe befindlichen Unternehmens um einen den Inventarswert der einzelnen Aktiven übersteigenden Betrag oder originär durch Aufwendung von Kosten oder persönlicher Arbeit im Betriebe erworben hat. Die Organisationskosten[15]), die Kosten die der Kaufmann aufwenden muß, um aus den von ihm angeschafften Vermögensstücken ein Unternehmen zu machen, dienen demselben wirtschaftlichen Zweck, wie der den Wert der einzelnen Gegenstände des Geschäftsvermögens übersteigende Betrag, um den ein bestehendes Unternehmen erworben wird. Der Kaufmann bewilligt diesen höheren Betrag, weil er sich hiedurch die Mühe und Kosten, die er aufwenden müßte, um selbst aus einen Komplex von Vermögensstücken ein Unternehmen zu bilden, erspart. Daher ist auch in der Bilanz dieser Teil der Kosten des Erwerbes des im Betriebe befindlichen Unternehmens, der den Wert der gleichzeitig angeschafften, einzeln zu bewertenden und in die Bilanz aufzunehmenden Vermögensstücke übersteigt, geradeso zu behandeln, wie die Organisationskosten, durch deren Aufwendung kein bilanzfähiges Aktivum geschaffen wird.[16])

auch eine unübertragbare Gewerbekonzession in die Bilanz aufgenommen werden kann, soll hier nicht vollständig erörtert werden. Die Entscheidung hängt davon ab, ob die Bilanz den Zweck hat, die zureichende Deckung der Passiven durch die Aktiven darzutun. Ist dies der Fall, dann können in die Bilanz selbstredend nur jene Gegenstände aufgenommen werden, die geeignet sind den Gläubigern ein Exekutionsobjekt zu bieten (Canstein, Lehrb. des österr. Handelr., I., S. 245). Gegen diese Auffassung von den Zwecken der Bilanz wendet sich Seidler a. a. O., S. 406.

[14]) Dieser Ausdruck wird in diesen Zusammenhang gewöhnlich in der Literatur gebraucht; richtig soll es heißen: translativ.

[15]) Sie spielen eine große Rolle in der Lehre von der Bilanz der Aktiengesellschaften, kommen der Sache nach, aber bei jeder Gründung eines Unternehmens vor.

[16]) Gestattet ausnahmsweise ein Gesetz, daß auch solche Organisationskosten als Aktivum in die Bilanz gegen allmähliche Abschreibung, innerhalb eines bestimmten Zeitraumes, eingesetzt werden (z. B. § 656 des Schweizer Obligationenrechtes), so ist eine solche Bestimmung auch auf den verausgabten Betrag anwendbar, der bei Erwerbung eines bestehenden Unternehmens über den Wert der einzelnen miterworbenen Sachgüter und anderen Vermögensrechte gezahlt wird. Andernfalls bilden diese Kosten keine durch ein Aktivum gedeckte Ausgabe. Der im Texte mitgeteilten Ansicht stimmt im Ergebnis Pfizer a. a. O. zu. Die herrschende Lehre (vgl. die oben N. 11 mitgeteilte Literatur) nimmt an, daß in allen Fällen — gedacht ist freilich zumeist an den im Texte unter *b*) eröterten Fall — bei derivativen Erwerb eines im Betriebe befindlichen Unternehmens Kundschaft, Firma usw. als besondere

Digitized by Google

Die Anwendung des entwickelten Grundsatzes führt allerdings zu Schwierigkeiten, wenn eine Aktiengesellschaft ein bestehendes Unternehmen (der erwähnten Art) als Sacheinlage übernimmt (§ 186 DHGB., § 9 AReg.). Der Nennbetrag der hiefür gewährten Aktien übersteigt den Wert der übernommenen Sachgüter, Forderungen und Rechte. Erscheint nun bloß der Wert dieser erwähnten Aktiven in der Bilanz, so würde diese eine verbotene und in Wirklichkeit auch gar nicht vorliegende Unterpariemission[17]) aufweisen. Die Aktiengesellschaft muß auch bei Sacheinlagen einen den Nennwert der gewährten Aktien mindestens gleichkommenden Betrag erhalten. Deshalb müssen die als Sacheinlage übernommenen Gegenstände zum Nennbetrage der gewährten Aktien in die Bilanz eingesetzt werden.[18]) In diesem Falle bleibt nichts übrig als die von Simon a. a. O., S. 171 getadelte und im allgemeinen auch wirklich unzulässige Bilanzierungsmethode, den Wert, der für die Absatzgelegenheit und vorhandene Organisation den Produktionsmittel gewährt wird, auf die einzelnen mit dem Unternehmen erworbenen, der Bilanzierung fähigen Güter, zu verteilen.

b) Das Unternehmen ist in seiner Existenz und Verkehrsfähigkeit als selbständiges Vermögensobjekt von den in seinem Betriebe verwendeten Aktiven unabhängig, z. B. ein Zeitungsunternehmen, ein Auskunftsbureau, ein Stellenvermittlungsbureau u. dgl. Auch wenn man sich die wirtschaftlich unbedeutenden, in die Bilanz aufgenommenen Aktiven, wie Bureaueinrichtung, Druckerpressen usw. hinwegdenkt, so bleibt in dem Unternehmen noch ein selbständiges und daher der Bilanzierung fähiges Aktivum übrig. Bezüglich der Frage, ob dieses Aktivum tatsächlich in die Bilanz aufzunehmen ist, muß mit der herrschenden Lehre unterschieden werden:

Aktiven in die Bilanz aufzunehmen sind. So auch Braunschweiger VGH. 9. November 1902, bei Kaufmann, Handelsrechtl. Rechtssprechung, 3, S. 360, RG. 9. Juli 1901, JW. 1901, S. 653. Rehm a. a. O., S. 189 geht noch weiter und gestattet die Aufnahme von derartigen Aktivposten in die Bilanz auch bei nicht derivativem Erwerbe, wenn sich ein bestimmter Teil der auf dieses angebliche Aktivum entfallenden Gründungs- und Verwaltungskosten feststellen läßt. Keinen Beleg für die herrschende Ansicht bietet RG. 19, S. 122: Es wurde gestattet, eine übernommene Papierhandlung um einen den Wert der vorhandenen Bestände übersteigenden Betrag in die Bilanz einzusetzen aber als Gegenleistung für die persönliche Verpflichtung des Veräußerers zur Konkurrenzentfaltung und vorläufigen Leitung des Betriebes.

[17]) Für das deutsche Recht ist dieses Verbot in § 184, Abs. 1 DHGB. ausgesprochen. Es ist aber auch auf Grund des zur Zeit in Österreich geltenden HGB. anzunehmen (vgl. Staub, österr. Ausgabe § 12 zu Art. 207). § 28, Abs. 4 AReg. schreibt übrigens vor, daß das Statut die Unterpariemission auszuschließen habe.

[18]) Staub, Anm. 20 zu § 261, Simon a. a. O., S. 370 u. a. m.

Digitized by Google

a) Das bestehende Unternehmen wird auf derivativem Wege erworben; in diesem Falle ist der Wert der Organisation der Produktionsmittel und der Absatzgelegenheit[19]) in die Bilanz einzustellen.[20]) Auch ein solches Unternehmen kann ja Gegenstand der Sacheinlage sein. Es ist gar kein Grund für die Annahme daß § 191, Abs. 2 DHGB. und § 9, Abs. 2 AReg., die das Unternehmen als Gegenstand der Sacheinlage erwähnen, nur an ein Unternehmen samt Geschäftsvermögen denken, wie denn überhaupt jedenfalls alles als Sacheinlage dienen kann, was bereits in der Hand des inferierenden Aktionärs ein Aktivum darstellt.[21]) Wo der Wert des erworbenen Unternehmens in die Bilanz

[19]) In der Literatur über diese Frage wird immer nur auf das letzterwähnte Moment Rücksicht genommen. Es wird immer bloß erörtert, ob die Kundschaft ein bilanzfähiges Aktivum bildet. Andrerseits erschöpft sich aber in der Absatzgelegenheit und vorhandenen Organisation der Produktionsmittel der Wert eines Unternehmens als solchen. Es ist zum mindesten unrichtig formuliert, wenn immer die Frage aufgeworfen wird, ob die Kundschaft oder die Firma in die Bilanz aufzunehmen sind (gegen diese Gleichstellung Sattler a. a. O., S. 65). Die Firma ist freilich zum Unterschiede von der gesicherten Absatzgelegenheit im Recht (vgl. Rehm a. a. O., S. 181, Simon a. a. O., S. 108), aber sie besitzt keinen selbständigen Vermögenswert, ihre vermögensrechtliche Funktion besteht bloß darin, daß sie den Übergang einer bestehenden Absatzgelegenheit vermittelt und deren Verbleib beim Erwerber sichert (vgl. oben § 4, Anm. 21). Der Sache nach ganz richtig führt das RG. vom 9. Juli 1901, JW. 1901, S. 653 aus: „daß die Firma, unter welche der Geschäftsbetrieb erfolgt, in Rücksicht auf dessen Beziehung und Ausdehnung im Rechtsverkehr, insbesondere auf den Umfang der vorhandenen Kundschaft als wirkliches Vermögensobjekt schätzbar und die Aufnahme in die Eröffnungsbilanz als Aktivum zulässig sei." Es ist freilich nur eine sprachliche Ungenauigkeit, wenn beim Erwerbe eines bestehenden Unternehmens samt Firma neben der Organisation der Produktionsmittel, dem in Gang gesetzten Betrieb (vgl. Motive zur Aktiennovelle von 1870, ROH. 20, S. 217), nicht durch Gestattung des Gebrauches der Firma erworbene Absatzgelegenheit, sondern die Firma als solche in die Bilanz eingesetzt wird. Die Festhaltung der erwähnten Unterscheidung ist aber doch von praktischer Wichtigkeit. Erworbene Unternehmenskennzeichen dürfen nur in die Bilanz eingesetzt werden, wenn durch sie ein Absatzgebiet erworben wird. Daher darf ein Unternehmer den Ausgaben, die er bloß zur Befriedigung seiner Eitelkeit für die Erlangung irgend eines ausländischen Hoflieferantentitels macht, kein entsprechendes Aktivum gegenüberstellen.

[20]) Ein Beispiel für die Einstellung eines erworbenen Zeitungsunternehmens in die Bilanz siehe bei Simon a. a. O., S. 170, N. 59. Auch die Entscheidung des sächsischen Oberveraltungsgerichtes vom 25. Mai 1904, DJZ. 1905, S. 1070 scheint einen solchen Fall zum Gegenstande gehabt zu haben. Die gegenteilige Ansicht vertritt Pfizer a. a. O. Richtig ist an seinen Ausführungen, daß als Wert des übernommenen Unternehmens nicht der nach dem landesüblichen Zinsfuße kapitalisierte Reinertrag einzusetzen ist.

[21]) Die Frage, ob dieses Moment eine notwendige Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Sacheinlage bildet, kann hier unerörtert bleiben (Literatur bei Staub, Anm. 6 zu § 186).

Digitized by Google

eingesetzt werden darf, muß er auch aufgenommen werden, wenn dritten Personen, wie den Aktionären oder Mitgliedern einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ein privatrechtlicher Anspruch darauf zusteht, daß keine anderen Werte als die gesetzlich zulässigen in die Bilanz aufgenommen werden.[22])

β) Ist ein Unternehmen der erwähnten Art nicht als ein bestehendes erworben, sondern von dem Unternehmer selbst gegründet worden, so wird bis auf Rehm — meistenteils ohne nähere Begründung — gelehrt, daß die Kosten der Organisation des Unternehmens nicht als Aktivum in der Bilanz erscheinen dürfen. Eine Aktiengesellschaft gründet ein Zeitungsunternehmen; nach Anbahnung der Beziehungen mit den Autoren, nach Entwicklung einer Reklametätigkeit, nach Aussendung von Probenummern usw. ist der Betrieb organisiert, ist ein Kreis von Abonnenten, die Wahrscheinlichkeit des Zuwachses von solchen und des Ersatzes von abfallenden gewonnen. Die Aktiengesellschaft erhält schließlich durch allmähliche Aufwendung der hiefür nötigen Kosten ein im Betriebe befindliches Unternehmen. Warum soll nun diesen Kosten nicht der Wert des durch deren Aufwendung geschaffenen Unternehmens gegenüberstehen, wenn in dem unter α) erwähnten Falle beim Ankaufe eines bestehenden Unternehmens dieses als Aktivum dem verausgabten Kaufpreise gegenübergestellt werden kann? Daß Organisationskosten als Aktivum in die Bilanz eingestellt werden dürfen, wann und soweit durch sie ein reelles Aktivum geschaffen wird, wird ja allgemein anerkannt. Das Unternehmen ist als ein solches reelles Aktivum anerkannt, sonst könnte es unter keinen Umständen in der Bilanz erscheinen. Warum darf also ein in eigenem Betriebe der

[22]) Es ist sogar nicht unbestritten, ob das Statut, das freilich zweifellos Minderbewertungen einzelne Aktiven bindend anordnen kann, auch ein der Bilanz an sich fähiges Aktivum von der Aufnahme in die Bilanz ausschließen kann. (Vgl. Th. Cohn, DJZ. 1903, S. 442). Mit Unrecht vertritt R. Fischer a. a. O., S. 104, die Ansicht, daß die Aufnahme eines dem Werte des Unternehmens entsprechenden Aktivums immer eine fakultative sei; es stehe „von den spezifischen Geschäftserwerbskosten von vorneherein und unwiderleglich fest, daß sie dem Geschäftsvermögen als solchen nicht im mindesten dienen werden; denn es ist wohl denkbar, daß aus den Kosten, die für den Inhaberwechsel entrichtet werden, dem Erwerber, aber niemals, daß dem Geschäftsvermögen irgendwelcher Nutzen erwachsen wird.“ Der erste Teil dieser Begründung beruht auf einer petitio principii: Ist das erworbene Unternehmen ein Vermögensobjekt, so ist eben durch dessen Erwerb das Geschäftsvermögen, das ist das geschäftlichen Zwecken gewidmete Vermögen, vermehrt; an dem anderen Teile der Begründung ist nur so viel richtig, daß die Kosten, die bloß durch den Wechsel in der Person des Unternehmers aufgelaufen sind, Kosten für Umschreibung der Marke, Kosten für die Eintragung des neuen Firmeninhabers, nicht als Aktivum in die Bilanz einzusetzen sind.

Digitized by Google

Aktiengesellschaft hergestelltes Gebäude, ein auf Grund kostspieliger Versuche selbst erworbenes Patent (vgl. Simon a. a. O., S. 168), zu einem die aufgewendeten Kosten nicht übersteigenden Betrage[23]), nicht aber ein selbst geschaffenes Unternehmen in die Bilanz eingestellt werden? Rehm (a. a. O., S. 188, 189) zieht allerdings aus der von ihm scharf betonten wirtschaftlich gleichen Funktion der Anschaffungs- und Herstellungskosten die Konsequenz, daß nicht nur die gekaufte, sondern auch die durch Aufwendungen selbst erworbene Kundschaft, soweit der auf sie entfallende Teil der Gründungs- und Verwaltungskosten sich einigermaßen feststellen läßt, als Aktivum in die Bilanz eingestellt werden kann. Trotzdem ist die herrschende Ansicht richtig. Nur reelle Aktiven dürfen in die Bilanz eingestellt werden. Gestattete man aber ein selbst errichtetes Unternehmen in die Bilanz einzustellen, so würde man die Frage, ob hier bereits ein reelles Aktivum vorliegt, in das reine subjektive Ermessen des Bilanzlegers stellen. Wird ein bestehendes Unternehmen gekauft, so ist schon durch die Tatsache der Verkäuflichkeit, die Existenz eines selbständigen Vermögensobjektes dargetan oder wahrscheinlich gemacht.[24]) Bei der Neuorganisation eines Unternehmens wird sich kaum — wenigstens nicht mit der Wahrscheinlichkeit, die der Gesetzgeber bei Aktiengesellschaften und ähnlichen Korporationen für die Richtigkeit der Bilanzansätze anstrebt — in einem gegebenen Zeitpunkte sagen lassen, daß der Betrag, der auf die Instandsetzung des Betriebes verwendeten Kosten bereits in dem Bestande eines Unternehmens, dem die Bedeutung eines selbständigen Vermögensobjektes zukommt, einen Gegenwert erhalten hat. Ferner stehen der Aufnahme des selbsterrichteten Unternehmens in die Bilanz selbst in einem Zeitpunkte, in dem die Existenz eines selbständigen Vermögensobjektes, z. B. auf Grund mehrerer Kaufanbote für das Unternehmen mit Sicherheit festgestellt werden kann, die Grundsätze der Technik kaufmännischer Buchhaltung entgegen. Die plötzliche Einsetzung des Unternehmens als Aktivum würde immer mehr oder weniger den Eindruck der Willkürlichkeit an sich tragen. Der betreffende Buchungsakt wäre durch keinen entsprechenden geschäftlichen Vorfall (Geschäftsfall), durch keine gesetzlichen Vorschriften, die auch ohne solche äußere Vorfälle Vermögensänderungen zum Ausdrucke bringende Buchungen, z. B. die periodischen Abschreibungen anordnen können, veranlaßt.

---

[23]) Diese Beschränkung entspricht teilweise gesetzlicher Vorschrift (vgl. § 261, Z. 2 DHGB., § 23, Z. 2 GmbHG.), teilweise den auf kaufmännischen Gebrauche beruhenden Bilanzgrundsätzen (vgl. Reisch und Kreibig, I., S. 324), daß kein Gegenstand zu einem höheren Betrage in die Bilanz einzusetzen ist, als zum Anschaffungs- oder Herstellungspreise.

[24]) Simon a. a. O., S. 169, Allfeld, Komm., S. 212.

Digitized by Google

Berücksichtigt muß der Wert des Unternehmens in der Bilanz stets werden, wenn der Wert des gesamten Gesellschaftsvermögens behufs Feststellung des dem aus der fortbestehenden Gesellschaft ausscheidenden Gesellschafter zustehenden Auseinandersetzungsguthabens zu ermitteln ist.[25]) Der ausscheidende Gesellschafter gibt ja nicht bloß seinen Anteil an den in die Bilanz aufgenommenen Gesellschaftsaktiven, sondern auch seinen Anteil am gesellschaftlichen Unternehmen auf. Er muß auch hiefür entschädigt werden. Auch der Gesellschafter, dessen Konto ein Passivsaldo aufweist, ist Miteigentümer des gemeinsamen Unternehmens. Der ausscheidende Gesellschafter soll ja, soweit es möglich ist, dasjenige bekommen, was er im Falle der zur Zeit seines Ausscheidens erfolgten Auflösung der Gesellschaft erhalten hätte. § 738 DBGB., der auch auf Handelsgesellschaften anwendbar ist, spricht dies ausdrücklich aus und die Art. 130, 131 HGB. wollen auch nichts anderes sagen. Das gleiche gilt auch von der unter die Gesellschaft des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches fallenden Unternehmensgemeinschaft; für die Auseinandersetzung mit dem aus der fortbestehenden Gesellschaft ausscheidenden Gesellschafter, ist gemäß § 7 ABGB. nur Natur der Sache entscheidend.[26]) Nach Berücksichtigung des Wertes des Unternehmens wird das auf Grund der letzten Betriebsbilanz ermittelte Aktivsaldo des ausscheidenden Gesellschafters eine Erhöhung, sein Passivsaldo eine Herabminderung erfahren.[27]) Man wende nicht ein, daß die Gleichstellung des Falles des Ausscheidens mit dem der Auflösung zu einem von dem behaupteten abweichenden Ergebnisse führen müsse, da ja bei Auflösung der Gesellschaft die Auseinandersetzung regelmäßig nicht durch Veräußerung des gesellschaftlichen

---

[25]) Reisch und Kreibig a. a. O., I., S. 330 lehren, daß in die Liquidationsbilanz (anders als bei der Betriebsbilanz) auch die originär erworbene Firma und Kundschaft als Aktivum in die Bilanz einzusetzen ist, falls ihnen ein realisierbarer Vermögenswert innewohnt; diese Voraussetzung wird aber gerade beim regelmäßigen Fall der Auseinandersetzung nicht vorliegen. Die Auseinandersetzung erfolgt ja normaler Weise durch Versilberung der einzelnen Stücke des Geschäftsvermögens (Liquidation im eigentlichen Sinne).

[26]) Vgl. Anton Jäger, JBl. 1902, S. 442, Krainz-Ehrenzweig, § 380.

[27]) Beides übrigens nicht bloß durch Berücksichtigung des Wertes des Unternehmens, sondern auch durch Wegfall der von der wahren Sachlage abweichenden Minderbewertungen einzelner Vermögensstücke. Vgl. Staub (§ 6 im Exkurse zu § 141), der für die Berechnung des Auseinandersetzungsanspruches des ausscheidenden Gesellschafters „den Wert des lebenden Geschäftes", den Erlös, der sich „bei einer Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des ganzen Geschäftes" ergeben würde, für maßgebend erklärt.

Digitized by Google

Unternehmens als solchen, sondern durch Versilberung der einzelnen Vermögensbestandteile erfolge, so daß der Wert des Unternehmens als solchen gar nicht realisiert wird. Man darf jedoch nicht übersehen, daß diese Art der Auseinandersetzung deshalb die regelmäßige bildet und vom Gesetze auch als solche angesehen wird, weil die Auflösung der Gesellschaft ihren Grund doch gewöhnlich in der Erträgnislosigkeit der gemeinschaftlichen Erwerbstätigkeit haben wird, daß also im Falle der Auflösung gar kein Unternehmen als Vermögensobjekt mehr bestehen wird. Diese Voraussetzung trifft aber beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus der fortbestehenden Gesellschaft nicht zu. Die Differenz zwischen dem auf die erwähnte Art und Weise ermittelten Schätzwert des gesamten Gesellschaftsvermögens und dem Werte der Gesellschaftsaktiven, der sich auf Grund der letzten nach allgemeinen Bilanzgrundsätzen aufgenommenen Betriebsbilanz ergibt, ist dem auf Grund dieser letzten Bilanz aufgestellten Kapitalkonto des ausscheidenden Gesellschafters nach dem Verhältnisse zuzuschreiben, nach dem der Gewinn unter die Gesellschafter zu verteilen ist. In Wahrheit handelt es sich nicht um einen nach der letzten Betriebsbilanz gemachten, sondern um einen schon vorher entstandenen, aber erst jetzt zu berücksichtigenden Gewinn; dieser besteht darin, daß die Gesellschaft aus dem bei Errichtung zusammengetragenen Geschäftsvermögen im Laufe des Geschäfsbetriebes ein Unternehmen gemacht hat. An diesem Gewinn soll der ausscheidende Gesellschafter auch teilnehmen. Hat ein Gesellschafter ein bestehendes Unternehmen in die Gesellschaft eingebracht, so erscheint der Wert des Unternehmens bereits in dem ersten zu Gunsten des inferierenden Gesellschafters aufgestellten, dem Werte seiner Einlage gleichen Saldo zum Ausdrucke gebracht. Das gleiche ist der Fall, wenn mehrere Gesellschafter ein bestehendes Unternehmen zum Zwecke des gemeinschaftlichen Betriebes gekauft haben. Der sich zu Gunsten des einzelnen Gesellschafters ergebende, dem von ihm beigetragenen Teile des Kaufpreises entsprechende Aktivsaldo, trägt dem Werte des Unternehmens bereits Rechnung. In diesen Fällen kann bei Ermittlung des Auseinandersetzungsguthabens des ausscheidenden Gesellschafters der Wert des Unternehmens nur insoweit nochmals berücksichtigt werden, als er eine Erhöhung erfahren hat. An dieser Erhöhung partizipiert der ausscheidende Gesellschafter wie an der Werterhöhung jedes anderen gesellschaftlichen Aktivums bis zum Zeitpunkte des Ausscheidens.

Die juristische Konsequenz würde zu dem Ergebnisse führen, die gleichen Grundsätze auch bei der Ermittlung des Geschäftsguthabens des aus einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft ausscheidenden Genossen anzuwenden. Die Bilanz auf Grund der sein zur Zeit des Ausscheidens festgestelltes Geschäftsguthaben ermittelt wird, be-

Digitized by Google

rücksichtigt ja auch nicht immer den vollen Wert der Aktiven des Genossenschaftsvermögens und in der Regel auch nicht das genossenschaftliche Unternehmen, wenn ein solches vorhanden ist. Im Falle der Auflösung der Genossenschaft wäre die Differenz zwischen Bilanzwert und Liquidationserlös auch den einzelnen Genossen nach dem für die Gewinnverteilung maßgebenden Schlüssel zuzuweisen. § 55, Abs. 2 GenG. schließt jedoch durch die Bestimmung, daß dem ausscheidenden Genossen der Geschäftsanteil, wie er sich nach der im Ausscheidungsjahre festgesetzten Jahresbilanz ergibt[28]), auszuzahlen ist, aus, daß für die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens andere Werte zu Grunde gelegt werden, als sie die ordnungsmäßige Bilanz aufweist.[29])

IV.

Rechtsänderungen bezüglich des Unternehmens.

§ 8.

1. Die Veräußerung des Unternehmens.

Veräußerungsgeschäfte (Kauf- und Tauschverträge) setzen einen veräußerlichen Gegenstand voraus,[1]) einen Gegenstand, dessen rechtliche Zuständigkeit ohne Hinzutreten einer persönlichen Verpflichtung

---

[28]) § 73, Abs. 2 des d. GenG. bestimmt: „Die Auseinandersetzung erfolgt auf Grund der Bilanz . . .“ Daß unter Bilanz nur die für die Gewinn- und Verlustverteilung maßgebende Bilanz zu verstehen ist, hat das RG. 32, S. 93, eingehend begründet. (Vgl. Parisius und Krüger, Das Reichsges. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften[4], S. 413, Simon a. a. O., S. 462). Eine andere Auslegung würde auch zu einem praktisch undurchführbaren Ergebnisse führen. Bei der offenen Handelsgesellschaft bildet das Ausscheiden eines Gesellschafters ein Ereignis, das während der Dauer der Gesellschaft doch nur selten vorkommt. Einer Erwerbs- und Wirtschaftsgesellschaft kann jedoch nicht zugemutet werden, so oft ein Mitglied ausscheidet, eine besondere Bilanz zum Zwecke der Feststellung des Auseinandersetzungsanspruches aufzustellen.

[29]) Die Frage, ob bei Ermittlung des Anteiles des Aktionärs, der bei Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Mitglied sich nicht mehr beteiligen will, der in der Bilanz der Aktiengesellschaft bisher nicht berücksichtigte Wert des gesellschaftlichen Unternehmens in Anschlag zu bringen ist, hängt von dem Charakter ab, den man der nach § 97, Abs. 2, Z. 3 GmbHG. (§ 80, Abs. 4 des entsprechenden deutschen Gesetzes), behufs Ermittlung des auf jeden Aktionär entfallenden Anteiles, aufzustellenden Bilanz beilegt (vgl. hierüber Simon a. a. O., S. 462, Staub-Hachenburg, Komm. zum Ges. betr. die Gesellschaften m. b. H., Anm. 14 ff. zu § 80.

[1]) Krainz-Ehrenzweig § 364, N. 16.

Digitized by Google

einer bestimmten Person zu einer künftigen Handlung oder Unterlassung unmittelbar geändert werden kann.[2] Das Unternehmen stellt, wie gezeigt wurde, einen solchen Gegenstand dar. Die bei einem Gewerbetreibenden vorhandene Organisation der Produktionsmittel oder gesicherte Absatzgelegenheit kann unmittelbar auf einen anderen eine gleiche gewerbliche Tätigkeit Ausübenden übertragen werden. Der Fall muß aber wirklich so liegen, daß ein unmittelbarer von späteren Handlungen oder Unterlassungen des Veräußerers unabhängiger Übergang stattfindet. Ist die Sachlage so gestaltet, daß dem Erwerber die Absatzgelegenheit des Veräußerers nur so lange zu gute kommt, als er seine in dem auf Überlassung des Unternehmens gerichteten Vertrage übernommenen persönlichen Verpflichtungen[3]) zu bestimmten Unterlassungen (Konkurrenzenthaltung) oder Handlungen (Empfehlung von Kunden) erfüllt, so liegt kein Kauf, überhaupt kein Veräußerungsgeschäft, sondern ein Verpflichtungsgeschäft (ein Innominalkontrakt) vor.[4]) Sohm (ArchBürgR. 28, S. 181) lehrt, daß eine Veräußerung

---

[2]) Die bezüglichen Ausführungen Sohms (Der Gegenstand, S. 7 und passim) sind von Binder (Goldschmidts, Z. 59, S. 12) nicht bekämpft worden.

[3]) Der Eigentümer einer Zeitung, der diese dadurch veräußert, daß er einem andern gestattet, eine gleichartige Zeitung unter demselben Titel erscheinen zu lassen, hat bezüglich der Zeitung ein wirkliches Veräußerungsgeschäft geschlossen. Der frühere Eigentümer ist freilich verpflichtet, sich der Verwendung des früheren Titels zur Bezeichnung einer gleichartigen Zeitung zu enthalten, aber nicht nur auf Grund des Veräußerungsvertrages, sondern wie jeder andere deshalb, weil der Erwerber der Zeitung durch befugte Verwendung des Titels ein ausschließliches Recht zu dessen Gebrauche erlangt hat (vgl. diese Unterscheidung bei RG. 37, S. 176). Ohne ein solches Alleinrecht hätte auch die obligatorische Verpflichtung des früheren Zeitungseigentümers, den Titel nicht mehr zu benützen, keine praktische Bedeutung.

[4]) Vgl. GIUNF. 1437 (oben § 3, N. 5). Nimmt man in allen Fällen, in denen für Handlungen oder Unterlassungen von demjenigen, dem sie zum Vorteile gereichen, ein Geldäquivalent gewährt wird, einen Kaufvertrag an (vgl. Oertmann, S. 320, Prot. II, S. 51), so gewinnt man einen Begriff des Kaufvertrages, der zur juristischen Klassifizierung vollständig ungeeignet ist. Es fallen dann unter den Begriff des Veräußerungsgeschäftes (Kauf oder diesem entsprechender Innominatvertrag) alle auf geldwerte Leistungen gerichteten entgeltlichen Verträge, während die Wissenschaft der auch in der Gesetzgebung durchgeführten Unterscheidung zwischen Verträgen auf Überlassung von Vermögensobjekten und Verträgen auf Bewirkung von Handlungen und Unterlassungen (Dienst- und Werkverträge und die diesen entsprechenden Innominatkontrakte) nicht entraten kann. Einen derartigen weiten Begriff des Veräußerungsgeschäftes scheint Binder (I, S. 33, 34) im Auge zu haben, wenn er die Veräußerung eines Handelsgeschäftes, das für ihn kein Objekt eines subjektiven Rechtes ist, für begrifflich möglich erklärt.

Digitized by Google

des Handelsgeschäftes trotz des Wortlautes des § 22 DHGB. unmöglich sei. Ein Betrieb, eine Tätigkeit kann freilich, wie Sohm wiederholt lehrt, so wenig veräußert, wie verpachtet werden. Daraus folgt aber doch nur, daß die Bezeichnung des Unternehmens, wo dieses als Gegenstand eines Rechtsgeschäftes erwähnt wird, mit dem Ausdrucke „Betrieb" keine sprachlich zutreffende ist. Es wurde bereits mehrfach erwähnt, daß wir in den Fällen, in denen das Gesetz der Veräußerung eines Unternehmens gedenkt, einen möglichen — von den einzelnen Sachen und Rechten des Geschäftsvermögens verschiedenen — Gegenstand der Veräußerung finden können; man verwende zur Bezeichnung dieses Gegenstandes einen anderen Ausdruck als „Betrieb" und die von Sohm erhobenen begrifflichen Bedenken fallen weg. Ebensowenig begründet ist der von Lehmann (S. 109) gegen die Möglichkeit der im Gesetze vorausgesetzten Veräußerung eines Handelsgeschäftes, erhobene Einwand, daß das Gesetz bloß den Kauf von Sachen und Rechten kenne. § 433 DBGB. erwähnt freilich nur Sachen und Rechte als Gegenstände des Kaufvertrages; mit dieser Anführung ist aber keine taxative Aufzählung der möglichen Gegenstände des Kaufes beabsichtigt.[5])

Der Kauf eines Unternehmens gehört nicht zu den Glücksverträgen im Sinne des 29. Hauptst. des II. Teiles des ABGB.; trotz der Ungewißheit des Ertrages, der ja auch bei Landgütern und ähnlichen Vermögensobjekten vorhanden ist. § 1277 ABGB. erklärt den Kauf eines Anteiles an einem Bergwerke (eines Kuxes) für ein gewagtes Geschäft mit Rücksicht auf die den Erwerber treffende Gefahr, eine Zubuße leisten zu müssen; er bringt nicht den allgemeinen Gedanken zum Ausdrucke, daß der Kauf jedes Anteiles an einem Unternehmen als ein gewagtes Geschäft anzusehen ist; wäre dies der Fall, dann müßte freilich auch der Kauf eines ganzen Unternehmens für ein gewagtes Geschäft gelten.[6]) Als ein gewagtes Geschäft wäre der Kauf eines Unternehmens nur anzusehen, wenn er unter Umständen erfolgt, die eine Haftung des Erwerbers für alle Geschäftspassiven des Veräußerers begründen. (Vgl. unter § 14.) Dies ergibt die Analogie mit dem in § 1278 ABGB. geregelten Erbschaftskaufe. Die Einrede der Verletzung über die Hälfte ist daher beim Kaufe eines Unternehmens durch § 1268 ABGB. nicht ausgeschlossen. Ebenso wenig ist § 930 ABGB.

---

[5]) Vgl. Prot. II, S. 51. Eine Erweiterung des Kreises der Kaufobjekte ist freilich nicht in der Weise möglich, wie es die Verfasser des Gesetzes gedacht haben (vgl. oben N. 4). Das RG. 63, S. 59 wendet die Bestimmungen über den Kauf auf Handelsgewerbe analog an; m. E. sind diese Bestimmungen nicht analog, sondern unmittelbar anzuwenden.

[6]) Vgl. hiezu Krainz-Ehrenzweig § 366.

Digitized by Google

(Wegfall des Gewährleistungsanspruches beim Kaufe in Bausch und Bogen) auf den Kauf eines Unternehmens als solchen anwendbar; diese Bestimmung kann höchstens auf den etwa mit dem Kauf eines Unternehmens verbundenen Kaufe des dazu gehörenden Geschäftsvermögens oder Warenlagers angewendet werden.[7])

Der Kauf eines Unternehmens ist auch wenn sein Gegenstand eine Handelsunternehmung bildet, nicht notwendigerweise ein Handelsgeschäft. Das aus der Veräußerung eines Handelsgeschäftes zwischen den Kontrahenten entstehende Rechtsverhältnis ist zwar in § 39, Z. 1 Einf G. zum HGB. — wie auch in zahlreichen anderen Einführungsgesetzen zum HGB. — als Handelssache erklärt und diese Bestimmung hat eine über die Regelung der Zuständigkeit hinausgehende Bedeutung. Auf Grund dieser Bestimmung erscheinen auf das in Rede stehende Verhältnis, die materiellen Normen des Handelsrechtes anwendbar; nicht aber auch die besonderen für Handelsgeschäfte geltenden Bestimmungen des HGB. Die Veräußerung eines Handelsgeschäftes kann nur ein akzessorisches Handelsgeschäft im Sinne des Art. 273 bilden, ist jedoch nicht stets ein solches, auch nicht für den Veräußerer.[8]) Für den Veräußerer bildet die Veräußerung eines Handelsgeschäftes allerdings dann ein Handelsgeschäft nach Art. 273, wenn sie den „letzten Akt seiner Erwerbstätigkeit" darstellt. Dies ist jedoch nicht immer der Fall, z. B. dann nicht, wenn der Erbe ein im Nachlasse befindliches Handelsgeschäft, statt es selbst zu betreiben, veräußert. Auf Seite des Erwerbers bildet der Kauf eines Handelsunternehmens dann ein Handelsgeschäft, wenn der Erwerb zum Zwecke des eigenen Betriebes,[9]) nicht aber — was nicht allzu selten vorkommt — zum Zwecke der Weiterveräußerung erfolgt.[9a]) Ausnahmsweise kann der Erwerb eines Handelsunternehmens, der nicht zum Zwecke des Betriebes erfolgt, auf Seite des Erwerbers ein Handelsgeschäft bilden, wenn nämlich ein Kaufmann ein fremdes Handelsgeschäft in der Absicht ankauft, um sich durch dessen Auflösung der Konkurrenz zu entledigen.[10])

---

[7]) Vgl. Zeiller Komm. zu § 930.

[8]) Wie Behrend, S. 135, Staub Anm. 26 zu § 343 irrig annehmen. (Dort auch weitere Mitteilungen aus Literatur und Spruchpraxis.)

[9]) Dann bildet der Erwerb des Geschäftes ein zu dem in Aussicht genommenen Handelsbetriebe gehörendes Vorbereitungsgeschäft, das ebenso wie der Kauf der ersten Waren, der Geschäftseinrichtung unter Art. 273 (§ 343 DHGB.) fällt. (Judikatur und Literatur bei den in der vorigen Note angeführten Schriftstellern.)

[9a]) Ausgenommen, das Spekulationsgeschäft mit den Unternehmen wird von einen Kaufmann im Betriebe seines bereits bestehenden Handelsgewerbes vorgenommen (Art. 273 HGB.)

[10]) Vgl. Goldschmidts Handb. I, S. 682.

Digitized by Google

§ 9.

2. Die Vererbung eines Unternehmens.

Das Unternehmen ist ein Bestandteil des Nachlasses.[1]) Dies folgt daraus, daß ein Vermögensobjekt vorliegt, das von der Gesetzgebung als Rechtsobjekt anerkannt wird und sogar gelegentlich ausdrücklich als Gegenstand des Überganges von Todes wegen erwähnt wird, vgl. Art. 22 HGB. (§ 22 DHGB.), § 9 MarkG.[2])

[1]) Vgl. Pfaff-Hofmann, II., S. 13; B. Mayer, Das sog. Publizitätsprinzip im österr. Handelsrechte, Grünhuts Z., 32, S. 474; Strohal, Das deutsche Erbrecht[3], S. 22; Dernburg, V., S. 348. Binder (I., S. 31 ff.) leugnet trotz des Wortlautes des § 22 DHGB. die Zugehörigkeit des Handelsgeschäftes zum Nachlasse, da das Handelsgeschäft bloß eine tatsächliche Situation und kein Rechtsobjekt sei. In den von der Vererbung des Handelsgeschäftes handelnden §§ 22, 27 DHGB. erblickt Binder bloß die Norm, daß das Firmenrecht, obzwar es nicht zur Erbschaft gehört, infolge des Gesamteintrittes in die rechtliche Stellung des Erblassers auf den Erben übergeht, aber nur unter der Voraussetzung, daß der Erbe den tatsächlichen Zustand, an den das Recht zum Gebrauche der Firma geknüpft ist, herstellt, nämlich das Geschäft des Erblassers fortführt. Gegen Binders Auffassung vom Begriffe des Handelsgeschäftes wurde im Laufe dieser Abhandlung wiederholt Stellung genommen. Binder hält seine Auffassung selbst nicht aufrecht, wenn er S. 34 erwähnt, daß das Handelsgeschäft einen Verkehrsgegenstand bildet. Hierauf hat bereits Sohm (ArchBürgR., 28., S. 182) hingewiesen. Unbegründet scheint mir die Bemerkung Stegemanns (S. 96), daß Binder bezüglich der Vererbung des Handelsgeschäftes eine Antinomie zwischen Handelsrecht und bürgerlichem Recht behauptet.

[2]) Dagegen kann in diesem Zusammenhange § 56 GewO. nicht angeführt werden. Es wird zwar im ersten Absatze der Erbe oder Legatar eines Gewerbes erwähnt; das Wort „Gewerbe“ hat aber hier keine andere Bedeutung als das Wort „Gewerbeetablissement“ im dritten Absatze. Die Motive zu dem entsprechenden § 61 des Entw. einer GewO. aus dem Jahre 1859 bemerken: „Die Fortführung von Gewerben im Falle der Übertragung eines Gewerbeetablissements durch Akte unter Lebenden oder auf den Todesfall sind übrigens eine normale Erscheinung, die mit der Persönlichkeit des Gewerberechtes in keinem Zusammenhange steht.“ Die Bestimmungen des § 56, Abs. 1 und 2 wurden offenbar nur deshalb aufgenommen, um die Abweichung des durch die Gewerbeordnung geschaffenen Rechtszustandes von dem älteren den Übergang eines Gewerbeetablissements besonders begünstigenden Bestimmungen zum Ausdrucke zu bringen. Vgl. die bei Barth-Barthenheim (Allgem. österr. Gewerbe- und Handelskunde, I., S. 83) mitgeteilte Vdg. vom 12. August 1800: „Auch ist man allerdings bereit, Übernehmern des Warenlagers, der Fabriksgebäude und der Gerätschaften, wenn sie anders für ihre Person die erforderlichen Eigenschaften besitzen und sie besonders darum anlangen, die Bewilligung zu einer Fabriksunternehmung auf ihre Rechnung zu erteilen.“ Vgl. ferner § 8 der Ordnung für Buchhändler und Antiquare vom 18. März 1806: „So wollen wir zur Beförderung des Buchhandels — — — unter gewissen Umständen die Überlassung und den Kauf einer Antiquariatsbuchhandlung bewilligen und die Handlungsbefugnis dem Zessionar oder Käufer erteilen — —

Digitized by Google

Aus der tatsächlichen Möglichkeit der Übertragbarkeit des Unternehmens unter Lebenden folgt noch nicht die Möglichkeit eines Überganges von Todes wegen. Wir haben gesehen, daß der Akt, durch den der Übergang eines Unternehmens vermittelt wird, oft ohne tatsächliche Mitwirkung des Inhabers des Unternehmens nicht vollzogen werden kann. Ferner wurde darauf hingewiesen, daß zum Wesen des Unternehmens der Betrieb gehört. Der Betrieb braucht freilich mit dem Tode des Unternehmers nicht sofort aufzuhören, er kann auch oft eine kurze Unterbrechung vertragen. Immer ist dies aber nicht der Fall. Oft hört mit dem Tode des Unternehmers der wesentlich von seiner Person gehaltene Betrieb auf und ehe noch ein anderer die vorhandene Organisation, sei es auch nur vorläufig, ergreifen kann, ist der Vermögenswert, den das Unternehmen gebildet und der unter Mitwirkung des Unternehmers bei ununterbrochener Aufrechterhaltung der Kontinuität des Betriebes auf einen anderen hätte übertragen werden können, vernichtet.[3])

Die österreichische Praxis ignoriert das im Unternehmen des Erblassers bestehende Nachlaßaktivum nahezu gänzlich[4]) und glaubt hiebei im § 106 AusstreitG. eine Stütze zu finden. Die dort enthaltene Vorschrift, daß das Inventar über Handels-, Fabriks- oder Gewerbevermögen unter Anlehnung an die Grundsätze der kaufmännischen Bilanzaufstellung vorzunehmen ist, sagt aber nicht, daß der in einer solchen Bilanz fast nie zum Ausdrucke kommende Wert des Unternehmens in dem Falle, als dieses durch den Tod des Erblassers nicht erloschen ist, außer Betracht zu bleiben hat.[5])

---

[3]) In der Rechtsordnung begegnet man oft der entgegengesetzten Erscheinung. Eine Reihe von Rechten ist zwar vererblich, aber nicht unter Lebenden übertragbar. (Vgl. z. B. § 200, Abs. 2 DHGB.: Über Unübertragbarkeit der vererblichen Anteilsrechte an einer Aktiengesellschaft vor deren Eintragung.) Die Unmöglichkeit der Vererblichkeit des Unternehmens trotz bestehender Übertragbarkeit unter Lebenden ist eben nicht die gewollte Folge der Rechtsordnung, sondern die Wirkung einer durch keine Rechtsvorschrift zu beseitigenden Tatsache.

[4]) Der VGH. hat die Berücksichtigung wiederholt (Budw. 12.452, 13.083, Budw. F. 579, 2839) mit dem Ausspruche abgelehnt: „Der Betrieb eines Handels unter nehmens beruht auf den persönlichen Verhältnissen des Erblassers, erlischt mit dessem Tode und bildet keinen Bestandteil seines Nachlasses (§ 531 ABGB.)". Ebenso LG. Wien vom 12. Juni 1903, NotZ. 1903, S. 221.)

[5]) Zu den unbilligsten Ergebnissen führt die in der Praxis geübte wörtliche Auslegung des § 106 AusstreitG. dort, wo die im Betriebe eines Unternehmens verwendeten Aktiven nur einen ganz geringen wirtschaftlichen Wert besitzen. Der Wert der Utensilien eines Zeitungsunternehmens einschließlich der aushaftenden Forderungen an Abonnements- und Insertionsgebühren kann am Todestage des Erblassers leicht durch einige gar nicht bedeutende Ver-

Digitized by Google

Die Erbfolge in ein Unternehmen folgt denselben Regeln wie die Erbfolge in jedes andere Nachlaßobjekt. Auch die Witwe ist zur Fortsetzung des erblasserischen Unternehmens, auch wenn dessen Übergang nicht von dem Erwerbe bestimmter, im Betriebe verwendeter Sachgüter abhängt — deren Vererblichkeit nach allgemeinen Grundsätzen nie bezweifelt wurde — nur dann berechtigt, wenn sie Erbin dieses Nachlasobjektes ist oder es auf andere Weise erworben hat. Auf der Nürnberger Konferenz bestand hierüber eine andere Ansicht: Gelegentlich der Beschlußfassung darüber, daß der Erbe eines Handelsgeschäftes die Firma des Erblassers unabhängig von der Zustimmung der Witwe, die nicht zugleich Erbin ist, führen dürfe, wurde erwähnt, „daß mit dieser Beschlußfassung das Recht der Witwe nicht angetastet werden sollte, welches sie — — nach manchen Gewerbegesetzgebungen auf die Fortführung des Geschäftes ihres verstorbenen Ehegatten hat — — —“ (P. S. 38).[6]) Im österr. Recht gibt es keine Bestimmung, nach der die Witwe, die nicht zugleich Erbin ist, berechtigt ist, das ein selbständiges Vermögensobjekt darstellende Unternehmen des Erblassers fortzuführen. Auf Grund der Bestimmung des § 56, Abs. 4 GewO., nach der die Witwe berechtigt ist, das vom verstorbenen Ehegatten betriebene handwerksmäßige oder konzessionspflichtige Gewerbe auf Grundlage der alten Konzession oder des alten Gewerbescheines weiterzuführen, hat die Praxis das Gegenteil angenommen.[7]) Dies steht im Zusammenhange mit der bereits erwähnten

---

bindlichkeiten aus dem Betriebe des Unternehmens erschöpft sein. Der Nachlaßgebühr wird in diesem Falle gar kein Betrag unterzogen, trotzdem der Erbe das Zeitungsunternehmen des Erblassers mit Gewinn weiterbetreiben oder um einen hohen Preis verkaufen kann. Dieser Erkenntnis scheint sich die Praxis der Gebührenbehörden auch nicht vollständig verschlossen zu haben; es ist in der Tat vorgekommen, daß die Erben verhalten wurden, den Wert des vom Erblasser betriebenen und von ihnen fortgesetzten Zeitungsunternehmens in das Vermögensbekenntnis einzubeziehen. Selbstverständlich entbehrt es jeder rechtlichen und wirtschaftlichen Begründung, wenn die Berücksichtigung des Wertes eines erblasserischen Unternehmens für die Gebührenbemessung davon abhängig gemacht wird, ob die im Betriebe des Unternehmens verwendeten Aktiven erheblich oder bloß geringfügig sind.

[6]) Auf Grund einer derartigen Bestimmung wurde tatsächlich das ausschließliche Recht der Witwe, die Handlung ihres verstorbenen Gatten unter der bestehenden Firma fortzuführen, vom Oberappellationsg. Lübeck, 1857, Goldschmidts Z., 6., S. 577 anerkannt.

[7]) Die bezügliche Bestimmung lautete in der Fassung der Gewerbenovelle vom 15. März 1883, RGBl. Nr. 39: „Nur für Rechnung der Witwe für die Dauer ihres Witwenstandes oder der minderjährigen Erben bis zur erreichten Großjährigkeit kann ein konzessioniertes oder handwerksmäßiges Gewerbe auf Grundlage der alten Konzession, beziehungsweise des alten Gewerbescheines fortgeführt werden.“

Digitized by Google

Neigung der Praxis, das erblasserische Unternehmen nicht als Nachlaßobjekt anzusehen. Daß unter Fortführung des Gewerbes nicht die Weiterbenützung des Teiles des erblasserischen Vermögens verstanden ist, der aus den im Gewerbebetriebe verwendeten Sachgütern besteht, führt der Verwaltungsgerichtshof bei Budw. 9615 ganz richtig aus; hieraus und aus dem weiteren Umstande, daß die Unvererblichkeit des subjektiven Gewerberechtes in der in Rede stehenden Gesetzesstelle vorausgesetzt wird, zieht der VGH. in dem erwähnten Erkenntnisse und bei Budw. 10.835, 12.162 den Schluß, daß die im § 56, Abs. 4 GewO. der Witwe und den minderjährigen Erben gewährte Begünstigung von der zivilrechtlichen Erbenqualität dieser Personen unabhängig sei.[8]) Daß neben den sachlichen Bestandteilen des Gewerbeetablissements und dem Gewerberechte noch das gewerbliche Unternehmen als mögliches Nachlaßobjekt in Betracht kommt, bleibt bei dieser Argumentation unbeachtet. Daß die GewO. mit der Bestimmung des § 56, Abs. 4 nicht in das zivile Erbrecht eingreifen will — daß sie es kann, ist zweifellos — scheint der VGH. als feststehend anzunehmen. Auch in der deutschen Literatur wird angenommen, daß die Witwe von dem Rechte des § 47 DGewO. (entsprechend dem § 56, Abs. 4 GewO.) nur dann tatsächlichen Gebrauch machen kann, wenn sie über die zur Fortführung des Gewerbes ihres Gatten erforderlichen, in den Händen der Erben befindlichen Sachgüter verfügen kann.[9]) Das gewerbliche Unternehmen ist aber geradeso ein Nachlaßobjekt wie die etwa zu seinem Betriebe erforderlichen körperlichen Sachen.

Die Gewerbenovelle vom 5. Februar 1907, RGBl. Nr. 26 hat durch die Fassung, die sie dem § 56 GewO. gegeben hat, an der eben

---

[8]) Auch in der Literatur zu dem eine entsprechende Bestimmung enthaltenden § 47 der DGewO. wird meistenteils angenommen, daß das Recht der begünstigten Witwen von deren Erbenqualität unabhängig ist; vgl. Schultzenstein, Verwaltungsarchiv, 10., S. 119; Schicker, Die GewO. für das Deutsche Reich, S. 245; Landmann-Rohmer, Komm. zur GewO.[5], S. 443 u. a. m.; ferner Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession, S. 48, der jedoch das Recht der Witwe davon abhängig macht, daß sie das Erwerbsgeschäft ihres Gatten auf irgend eine Weise (z. B. durch Kauf von den Erben) erworben hat; dagegen verlangen die Erbenqualität der Witwe: Seydel, Gewerbepolizeirecht, S. 16, N. 6; Kähler, Die Stellvertretung im Gewerbebetriebe, S. 36. Für das österreichische Recht wird die im Texte vorgetragene Ansicht von Schubert-Soldern, S. 412 vertreten. In den Darstellungen des österr. Gewerberechtes wird die Frage nicht erörtert. Die Frage nach der Notwendigkeit der Erbenqualität der Deszendenten ist heute durch die Gewerbenovelle vom 5. Februar 1907, RGBl. Nr. 26 gegenstandslos geworden.

[9]) Schultzenstein a. a. O., Landmann-Rohmer a. a. O.

Digitized by Google

geschilderten Rechtslage nichts geändert.[10]) Die mit unserer Frage im Zusammenhange stehende Textänderung besteht nur darin, daß der Ausdruck „minderjährige Erben“ durch den Ausdruck „erbberechtigte minderjährige Deszendenten“ ersetzt ist und im 5. Absatze gesagt ist, wem das im 4. Absatze gewährte Recht zusteht, wenn der Gewerbetreibende sowohl eine Witwe als auch minderjährige Deszendenten hinterläßt. Entschieden ist außer dieser Frage nur die früher ebenfalls anders beantwortete Frage nach der Erbenqualität der Deszendenten.[11])

Dagegen wurde in § 15 des ApothekenG. deutlich ausgesprochen daß das Recht der Witwe und der Deszendenten zum Fortbetriebe einer Apotheke auf Grund der alten Konzession nach dem Tode des Inhabers davon abhängig ist, daß diesen Personen nach den Grundsätzen des zivilen Erbrechtes die Apotheke (das Unternehmen) zufällt. Durch die erst über Antrag des AH. (Beilage 2620, 17. Sess.) festgesetzte Formulierung des zweiten Absatzes dieses Paragraphen: „geht jedoch eine solche Apotheke nach dem Tode des Konzessionsinhabers im Erbwege auf die Witwe oder auf eheliche Deszendenten über . . .“ ist die bereits der Regierungsvorlage zu Grunde liegende Ansicht, das

---

[10]) Abs. 4 und 5 des § 56 GewO. lauten jetzt:

„Doch kann nach dem Tode eines Gewerbetreibenden für Rechnung der Witwe oder der erbberechtigten minderjährigen Deszendenten, sofern erstere nicht aus ihrem Verschulden geschieden war, für die Dauer des Witwenstandes, beziehungsweise bis zur erreichten Großjährigkeit der Deszendenten, auf Grund des auf den Namen des verstorbenen Gewerbetreibenden lautenden Konzessionsdekrets oder Gewerbescheines ein konzessioniertes oder handwerksmäßiges Gewerbe oder ein an den Befähigungsnachweis gebundenes Handelsgewerbe (§ 13a, beziehungsweise § 38, Abs. 3 und 4) gegen bloße Anzeige an die Gewerbebehörde fortgeführt werden.

Wenn ein Gewerbetreibender sowohl eine Witwe, welche nicht von ihm aus ihrem Verschulden gerichtlich geschieden ist und welche das Gewerbe fortführen will, als auch minderjährige Deszendenten hinterläßt, so steht das im vorigen Absatze bezeichnete Recht, wenn der Gewerbetreibende hierüber keine Verfügungen trifft, den erwähnten Personen gemeinschaftlich zu. Einzelne der hiedurch berechtigten Personen können für ihre Person auf dieses Recht verzichten.“

[11]) Die erläuternden Bemerkungen zur Reg.-Vorl. (Nr. 2141 der Beilagen zu den stenogr. Prot. des AH., 17. Sess., S. 12) geben über den Zweck der Textesänderung kaum einen Aufschluß. Es wird nur erwähnt, daß von der persönlichen Natur der öffentlichrechtlichen Gewerbebefugnis zu Gunsten gewisser alimentationsberechtigter Personen eine Ausnahme zu machen sei. Die Auffassung des Gesetzgebers, daß bei Übertragung oder Vererbung von Gewerben kein anderes Vermögensobjekt in Betracht komme als die „persönliche Gewerbebefugnis“ und das aus den „vermögensrechtlichen Einrichtungen und Behelfen bestehende Gewerbeetablissement“ tritt deutlich zu Tage.

Digitized by Google

Recht der Witwe und der Deszendenten zur Fortführung der Apotheke an die Bedingung zu knüpfen, daß diese Personen nach dem Grundsatze des zivilen Erbrechtes die Apotheke erwerben, deutlich ausgedrückt.[12])

Die zahlreichen in der älteren österreichischen Gewerbegesetzgebung vorfindlichen Vorläufer der Bestimmung des § 56 GewO. lassen nicht deutlich erkennen, ob das Recht zur Fortführung des vom Erblasser betriebenen Gewerbes der Witwe und den minderjährigen Kindern schlechtweg zustand oder von ihrer Erbenqualität abhängig war.[13]) Die Unterscheidung des Gesetzes zwischen der Witwe und

[12]) Vgl. erläuternde Bem. zur Reg.-Vorl. (1912 der Beilagen zu den stenogr. Pr. des AH. 17. Sess.): „In einzelnen Eingaben gelangt der Wunsch zum Ausdrucke, es möge der Witwe ein Vorrecht in der Fortführung der Apotheke gegenüber anderen Erben eingeräumt werden. Es schien jedoch entsprechend, durch die Fassung dieses Paragraphen jedes Spezialrecht auszuschließen, so daß das Recht auf Fortführung der Apotheke der Witwe oder dem minderjährigen Erben zustehen wird, je nachdem die Witwe oder der Erbe nach zivilrechtlichen Grundsätzen die Apotheke übernimmt". Dies kam aber erst über Antrag des Ausschusses des AH (Beilage 2620) deutlich zum Ausdrucke.

[13]) Der ersterwähnten Auffassung geben Raum: Die Ordnung für Buchhändler und Antiquare vom 18. März 1806 (PolGesSlg., 26, S. 34); nach ausdrücklicher Hervorhebung, daß Buchhändlerbefugnisse an die Person des Berechtigten gebunden sind (§ 6) fährt § 7 fort: „Wenn sich jedoch eine Buchhandlung, Antiquariatsbuchhandlung oder Buchdruckerei im aufrechten Zustande befindet, kann solche auch von der Witwe nach dem Tode ihres Gatten fortgeführt werden . . ." Ferner § 4 des Großhändlerpatentes vom 23. März 1774 (in der Sammlung aller Gesetze und Verordnungen vom Jahre 1740—1780, 7. Bd., Nr. 1596): „Können die Großhandlungsbefugnisse durch die Witwe oder die Deszendenten der Großhändler fortgesetzt werden". Dagegen spricht von der Fortführung der an eine Witwe „erblich gediehenen Handlung" die Hofresolution vom 11. Jänner 1762 (bei Pauernfeindt, Handb. der Handelsges., S. 212). Ziemlich deutlich für die Auffassung, daß die der Witwe eingeräumte Begünstigung, von deren Erbenqualität abhängig ist, spricht das bei Pauernfeindt a. a. O., S. 211 mitgeteilte Hofkanzleidekret vom 28. Juni 1822: „Die den Witwen zukommende Begünstigung der Fortführung eines persönlichen Gewerbes findet auf Realgewerbe keine Anwendung; hat die Witwe auf das Realgewerbe des verstorbenen Ehemannes nicht aus dem Erbrechte oder aus sonst einem besonderen Rechtstitel Anspruch, so gehört das Gewerbe in die Verlassenschaftsmasse." Die Auffassung der Realgewerbe als reine des Kaufes, Tausches und anderer Rechtsgeschäfte fähiger Vermögensobjekte (vgl. hierüber Přibram, Geschichte der österr. Gewerbepolitik, S. 291) kommt in dieser Bestimmung zur Geltung. Vgl. auch § 1 der Vdg. vom 25. Nov. 1859, RGBl. 212: „Die nach § 10 der Preßordnung zur Herausgabe einer periodischen Druckschrift erforderliche besondere Bewilligung (Konzession) wird . . . nach Ableben des Herausgebers, wenn keine Bedenken obwalten, auch auf dessen Witwe oder sonstige Erben übertragen werden."

Digitized by Google

den erbberechtigten minderjährigen Deszendenten ist trotzdem nicht ohne Bedeutung. Nicht immer wird durch Ausübung einer Erwerbstätigkeit ein einen selbständigen Vermögenswert darstellendes Unternehmen geschaffen; ist dies nicht der Fall, so trifft die Voraussetzung des VGH. zu, daß es neben der unvererblichen gewerberechtlichen Befugnis und den zum Gewerbebetrieb nötigen körperlichen Sachen kein der Vererbung fähiges Vermögensobjebt gibt. Hier steht der uneingeschränkten wörtlichen Anwendung des § 56, Abs. 4, GewO. kein Privatrecht entgegen. Die Witwe kann ohne Rücksicht auf ihre Erbenqualität das Gewerbe ihres Gatten, eventuell durch einen Stellvertreter, fortführen, ohne daß sie der sonst für den Betrieb dieses Gewerbes vorgeschriebenen Fähigkeit oder Konzession bedarf.[14])

Da das Unternehmen des Erblassers ein Nachlaßobjekt darstellt, so wäre es Sache des Gerichtes in allen Fällen, in denen es von Amts wegen für die Interessen der Erben zu sorgen hat, durch geeignete Vorkehrungen, insbesondere durch Bestellung eines Geschäftsführers dafür zu sorgen, daß das vom Erblasser betriebene Unternehmen durch Unterbrechung des Betriebes nicht aufhört als solches zu bestehen und dem Erben hiedurch nicht ein Nachlaßobjekt entzogen wird.[15])

Die Verwertung des Unternehmens des Erblassers durch Weiterführung auf eigene Rechnung oder Veräußerung steht lediglich den Erben zu;[16]) in deren Rechte wird eingegriffen, wenn derjenige, der tatsächlich in der Lage ist, über die vorhandene Organisation der Produktionsmittel zu verfügen, diese für seinen Gewerbebetrieb ver-

---

[14]) Sie erlangt aber hiedurch nicht das Recht, das Gewerbe unter der Firma ihres verstorbenen Gatten zu führen; in dem im Texte vorausgesetzten Falle können ja die Voraussetzungen des Art. 22 HGB. „Erwerb eines Handelsgeschäftes“ nicht erfüllt werden. Dagegen kann die Witwe die anderen von ihrem Gatten im Gewerbebetriebe verwendeten Unternehmenskennzeichen weiter gebrauchen.

[15]) Die Fortführung des Geschäftes während der Verlassenschaftsabhandlung ist eine zur Erhaltung der Geschäftsorganisation und des Kundenkreises notwendige Maßregel (Weishut, GH. 1889, Nr. 20). Mit Recht bemerkt Ofner (JBl., 1889, Nr. 10), daß manche Verlassenschaft fallit wäre, wenn nicht die einstweilige Fortführung des erblasserischen Geschäftes gestattet wird.

[16]) Binder zieht aus seiner Ansicht, daß das Geschäft nur eine tatsächliche Situation und kein Rechtsobjekt sei, die Konsequenz, daß der Erbe in der Fortsetzung des erblasserischen Unternehmens privatrechtlich nicht geschützt sei, sondern daß ihm nur die Möglichkeit der Sukzession in das Unternehmen tatsächlich dadurch erleichtert sei, daß er über die zur Fortführung des Unternehmens notwendigen Vermögensbestandteile tatsächlich verfügt.

Digitized by Google

wendet. In der Regel wird seitens der Vertreter der handlungsunfähigen Erben an das in Rede stehende Nachlaßobjekt vergessen, so daß dieses dem freien Zugriffe derjenigen offen steht, die Gelegenheit haben darnach zu greifen.[17])

Der Wert des erblasserischen Unternehmens ist, abgesehen von der Gebührenbemessung, zu berücksichtigen bei der Feststellung ob Pflichtteilsansprüche erfüllt oder verletzt sind, wenn es sich um die Einrechnung von Vorausempfängen handelt, ferner bei Festsetzung der Haftungsgrenze des Vorbehaltserben.[18])

Aus der Zugehörigkeit des Unternehmens zum Nachlasse folgt,

---

[17]) In der Regel — allerdings nicht immer — ist dies die Witwe des Erblassers. Die Rechtsanschauung der Bevölkerung, die mit der erb- und vermögensrechtlichen Stellung, die das Gesetz der Witwe zuweist, nicht übereinstimmt, hängt mit der oben im Texte erwähnten Praxis und vielleicht auch mit der mitgeteilten Judikatur des VGH. zusammen. Vgl. auch OGH. 28. Dez. 1906, ZBl. 1907, 134: Der nach dem Tode eines Advokaten bestellte Substitut hatte die von ihm geführte Kanzlei gegen ein an die Witwe zu zahlendes Entgelt einem andern Advokaten abgetreten. Der Antrag des Verlassenschaftskurators auf Einbeziehung dieses Entgeltes in die Verlassenschaft wurde mit der Begründung abgewiesen, daß eine Advokaturskanzlei keinen Gegenstand der Verlassenschaft bildet.

[18]) Für die Wertermittlung gelten die in § 7 entwickelten Grundsätze. Die Notwendigkeit, von dem Reinerträgnisse den Verkehrswert der zum Betriebe erforderlichen Arbeit abzuziehen, zeigt sich am deutlichsten, wenn der Erbe infolge seiner persönlichen Verhältnisse nicht in der Lage ist, das Unternehmen selbst zu betreiben, sondern genötigt ist, den Betrieb einem Pächter oder Stellvertreter zu überlassen. Mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Verpachtung und Veräußerung muß sich der Erbe stets, auch wenn er infolge seiner persönlichen Verhältnisse (z. B. als Offizier oder Beamter) nicht in der Lage ist, ein Unternehmen zu betreiben, den Wert des angefallenen Unternehmens stets anrechnen lassen; ein Unternehmen, das sich weder verpachten noch veräußern läßt, kann auch nicht im Erbwege übergehen. Bis zur endgültigen Verwertung des Unternehmens auf eine der erwähnten Arten hat der Erbe für den zur Erhaltung des Unternehmens notwendigen Betrieb durch Veranlassung einer geeigneten Vorkehrung durch das Nachlaßgericht zu sorgen (vgl. Binder, I, S. 37). Hat der Erbe die Erwirkung einer derartigen Vorkehrung versäumt, so hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn ihm der Wert eines Nachlaßobjektes angerechnet wird, das vernichtet wurde, bevor es der Erbe wirtschaftlich verwerten konnte. Binder a. a. O. trägt Bedenken, den Erben unter irgend einem Präjudiz — das Präjudiz, an das Binder denkt, ist für das österreichische Recht gegenstandslos — zur Fortführung des Geschäftes des Erblassers zu verhalten, weil hiedurch der Erbe sich die unbeschränkte über die erbrechtliche Haftung hinausgehende Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten des Erblassers auferlegt; der Erbe kann aber das Geschäft fortführen, und zwar auch nach deutschem Rechte, ohne sich hiebei eine über die erbrechtliche Haftung hinausgehende Haftung für die erblasserischen Geschäftsverbindlichkeiten aufzuerlegen.

Digitized by Google

daß die Gläubiger des Erblassers das beneficium seperationis (§ 812 ABGB.) auch bezüglich des im Nachlasse befindlichen Unternehmens ausüben können.[19]) Die Gläubiger des Erben hingegen könnten auf das diesem zugefallene Unternehmen vor der Einantwortung nur mit der Beschränkung des § 822 ABGB. Exekution führen, soferne die in der Exekutionsordnung zu Gebote gestellten Mittel der Exekution auf ein Unternehmen überhaupt unter die in § 822 ABGB. erwähnten Verfügungen fallen (vgl. § 13). Dingliche Rechte am Unternehmen wirken auch gegen den das Unternehmen fortführenden Erben. Dies ist bezüglich des praktisch am häufigsten in Betracht kommenden durch Einleitung der Zwangsverwaltung oder Zwangsverpachtung erworbenen Befriedigungsrechtes von der Judikatur grundsätzlich nicht verneint worden.[20]) In den Rekursentscheidungen des LG. Wien vom 10. September 1904 (Ohmeyer, S. 145, Nr. 41) und vom 25. April 1905 (Ohmeyer, S. 149, Nr. 42) wurde allerdings ausgesprochen, daß mit dem Tode des Verpflichteten die auf dessen Unternehmen geführte Exekution erlösche, aber nur in Hinblick darauf, daß das Unternehmen ein konzessionspflichtiges war; mit dem Tode des Verpflichteten, wurde ausgeführt, sei die Konzession und daher auch das auf letztere haftende Pfandrecht erloschen (vgl. vorige Note) und mit dem Erlöschen der Konzession habe das Unternehmen seinen vermögensrechtlichen Inhalt verloren.[21])

---

[19]) A. M. natürlich Binder, III, S. 226.

[20]) Bei GlU., 15.973, 15.361 wurde nur die Frage, ob die Konzession zu einer Apotheke einen Gegenstand des Nachlasses bildet, behandelt. Die bei Ohmeyer (S. 145, 153—155) unter Nr. 40, 43, 44 mitgeteilten Rekursentscheidungen des LG. Wien behandeln ebenso wie die Entscheidung bei GlU., 15.973, nur die Frage ob das an einer Konzession erworbene Pfandrecht auch gegen die das Gewerbe nach § 56, Abs. 4 GewO. fortführende Witwe wirkt. Die Frage ist unter Hinweis darauf, daß § 56 GewO. keinen Übergang der grundsätzlich für unübertragbar erklärten Gewerbekonzession ausspricht, verneint worden.

[21]) Dieser Ausspruch ist unrichtig (vgl. Ohmeyers Bemerkung zu dieser Entscheidung S. 149). Bleibt nach Erlöschung der Konzession kein Vermögensobjekt mehr übrig, so liegt eben kein einen möglichen Gegenstand einer Zwangsverwaltung oder Zwangsverpachtung bildendes Unternehmen, sondern bloß eine auf Grund einer Konzession ausgeübte Erwerbstätigkeit vor. Beachtenswert sind die scharfsinnigen Ausführungen der ersten Instanz in der bei Ohmeyer, S. 150 (Nr. 42) mitgeteilten Entscheidung: „Wollte man aber auch die Zwangsverpachtung derart gestalten, daß der Pächter selbst eine Konzession mitbringt oder erwirbt, so wäre überdies noch nötig, daß die Gewerbebehörde ihm den Betrieb an dem für das Unternehmen wesentlichen Betriebsorte gestattet. Geschieht dies aber, so erwirbt der Pächter ein von der Verpachtung unabhängiges eigenes Recht zum Gewerbebetriebe an diesem Orte, es entsteht somit an Stelle des hiedurch zu Grunde ge-

Digitized by Google

Der Erwerb eines Unternehmens im Erbwege begründet als solcher keine Haftung[22]) für die Geschäftsverbindlichkeiten des Erblassers, ebensowenig wie der Erwerb eines Unternehmens durch Rechtsgeschäft unter Lebenden (vgl. § 14). Nur durch Hinzutreten besonderer Umstände kann eine von der Erbenhaftung unabhängige Haftung begründet werden[23]), jedoch niemals vor der Einantwortung; denn vor diesem Zeitpunkte hat der Erbe, auch wenn er nach abgegebener Erbserklärung das im Nachlasse befindliche Unternehmen selbst führt, dieses Unternehmen nicht erworben, er hat bezüglich dessen Führung, wie überhaupt bezüglich der Verwaltung des Nachlasses bloß die Stellung eines Nachlaßkurators.[24]) Die Unterscheidung des Rechtsgrundes der Haftung

---

richteten Unternehmens des Verpflichteten ein neues für den Pächter, was dem Wesen der Zwangsverpachtung widerspricht." Diese Begründung lautet zu allgemein, sie geht von der wohl in zahlreichen Fällen, aber nicht immer zutreffenden Voraussetzung aus, daß der Betriebsort das das Unternehmen im Verkehre individualisierende Moment bildet, daß daher der Pächter mit dem durch die Gewerbekonzession erworbenen Rechte, das Unternehmen des Verpflichteten am selben Standorte weiter zu betreiben, ein festes Recht an diesem Unternehmen erworben hat. (Vgl. auch die bei Ohmeyer, S. 147 mitgeteilten Rekursausführungen.)

[22]) Die Frage nach der Haftung der Erben eines Handelsgeschäftes für die Geschäftsverbindlichkeiten des Erblassers ist in § 27 DHGB. geregelt. Die Behandlung dieser Materie ist jedoch bloß im Zusammenhange mit den erbrechtlichen Bestimmungen des DBGB. möglich. Daher muß bei der auf das österreichische Recht beschränkten Erörterung dieser Frage im Texte auf die Heranziehung des deutschen Rechtes und dessen Literatur verzichtet werden. Aus der ziemlich umfangreichen Literatur über diese Frage sind außer den Kommentaren und Systemen des HGB. zu erwähnen: Die mehrfach angeführte Abhandlung von Stegemann, Hellwig, Verträge, S. 398 ff., Schulteß, Die Schuldenhaftung des Erben nach § 27 HGB. (Diss. 1903), Bolte, in Goldschmidts Z. 51, S. 413 ff., Samuel Goldmann, in der Festgabe für Wilke (Leipzig, 1900), insbes. S. 125, Binder, I., S. 32 ff., II., S. 216, III., S. 88, 226, Jäger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs (1898), S. 3.

[23]) Einzelne der zahlreichen juristischen Konstruktionen, durch die die Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäftes auf Grund eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden für die Geschäftspassiven des Vorgängers zu begründen versucht wurde, werden allerdings beim Erwerbe eines Geschäftes im Erbwege nicht anwendbar sein, da hier von der Übernahme der Passiven inter partes nicht die Rede sein kann (vgl. Goldmann a. a. O.). Führt einer von mehreren Vorbehaltserben das Geschäft des Erblassers fort, so haftet er für dessen Geschäftsverbindlichkeiten gemäß § 821 ABGB. nur nach Maßgabe seines Erbteiles. Eine weitergehende Haftung tritt ein, wenn eine mit den Miterben getroffene Vereinbarung auch ihren Anteil an den Geschäftspassiven zu bezahlen den Gläubiger gegenüber wirksam geworden ist (vgl. § 1019 ABGB.).

[24]) Bei obigen und den folgenden Ausführungen des Textes kann auf die

Digitized by Google

ist auch bei unbedingter Erbserklärung wichtig; haftet der Erbe bloß als solcher, wenn auch unbeschränkt, so sind die Geschäftsgläubiger des Erblassers bloß Nachlaßgläubiger; haftet der Erbe auf Grund der Fortführung des Unternehmens, so sind die Geschäftsgläubiger des Erblassers Nachlaßgläubiger und persönliche Gläubiger des Erben, sie können von diesen beiden Haftungsgründen nach ihrer Wahl stets den geltend machen, der ihnen nach der Sach- und Rechtslage des einzelnen Falles vorteilhaft erscheint.[25])

Die Fortführung des Unternehmens des Erblassers auf Rechnung der Verlassenschaft (vgl. § 56 GewO., § 9 MarkG.) hat zur Erörterung der Frage Anlaß gegeben, ob die während der Dauer der provisorischen Geschäftsführung entstehenden (durch den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens veranlaßten) Verbindlichkeiten Schulden der Verlassenschaft[26]) oder der Erben[27]) sind. Die Frage ist dahin zu beantworten, daß diese Verbindlichkeiten Nachlaßschulden bilden.[28]) Die Gläubiger aus diesen Verbindlichkeiten konkurrieren mit den Gläubigern des Erblassers, die dies noch zur Zeit seines Lebens geworden sind und haben gleich diesen ein Recht auf Nachlaßseparation. Die Auffassung, daß für die in Rede stehenden Verbindlichkeiten der Erbe primär in eigener Person und nur dieser haftet, würde auch zu praktisch unmöglichen Ergebnissen führen, wie Weishut a. a. O. überzeugend dargetan hat: Die Gläubiger aus den während des Abhandlungsprovisoriums ge-

---

zahlreichen Streitfragen des österreichischen Erbrechtes nicht eingegangen werden, es würde über die herrschende Ansicht, sofern sich eine solche feststellen läßt, zu Grunde gelegt.

[25]) Nehmen wir den Fall der unbedingten Erbserklärung und des Vorliegens solcher Umstände an, die die Haftung der das Geschäft fortführenden Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unabhängig von der Erbenqualität bewirken. Die Geschäftsgläubiger des Erblassers können als Nachlaßgläubiger das Verlangen nach Nachlaßseparation (§ 812 ABGB.) stellen; der Erbe haftet aber auch den die Nachlaßseparation begehrenden Gläubigern trotz der Schlußbestimmung des § 812 ABGB. unbeschränkt, weil er Schuldner in eigener Person ist.

[26]) So Weishut, GH. 1889, Nr. 20, 21, Ofner, GH. 1889, Nr. 25.

[27]) So Harpner, JBl. 1889, Nr. 6.

[28]) Steht man auf dem Standpunkte, daß „die ruhende Erbschaft an sich nur jener Veränderungen fähig ist, die ohne die Tätigkeit eines lebenden Herren eintreten können“ (Pfaff-Hofmann, II., S. 36), so muß man freilich zu einem anderen Ergebnisse kommen. Die im Texte ausgesprochene Meinung gründet sich auf die Ansicht, daß die ruhende Verlassenschaft durch Handlungen eines legitimierten Vertreters unbeschränkt berechtigt und verpflichtet werden kann. Vgl. § 263 PersStG. „Nicht eingeantwortete Erbschaftsmassen werden in Bezug auf die in diesem Gesetze geregelte Steuer gleich dem Erblasser behandelt . . . .“, Stubenrauch[8] (Wehli), I., S. 752, Steinlechner, Das schwebende Erbrecht, I., S. 157 ff.

Digitized by Google

schlossenen Geschäften müßten bezüglich der Befriedigung aus dem Nachlaßvermögen, also auch aus dem Geschäftsvermögen, allen Gläubigern des Erblassers nachstehen, sie wären bei Erschöpfung der Erbschaftsmasse durch deren Verbindlichkeiten auf die persönliche Haftung des Erben angewiesen, dessen Person ihnen vorläufig oft unbekannt ist, sie daher zur Kreditgewährung nicht bestimmen kann; der Erbe andrerseits müßte trotz bedingter Erbserklärung für die während des Abhandlungsprovisoriums — oft ohne sein Zutun — begründeten Geschäftsverbindlichkeiten mit seinem ganzen Vermögen haften.[29]) Für die bis zum Zeitpunkte der Einantwortung aus der Fortführung des erblasserischen Unternehmens erwachsenden Verbindlichkeiten haftet der Erbe so wie für jede andere Nachlaßverbindlichkeit, gleichgültig ob das Geschäft von ihm selbst oder einem bestellten Kurator geführt wird, gleichgültig ob diese Verbindlichkeiten vor oder nach Abgabe der Erbserklärung entstanden sind. Auch der mit der Fortführung des Unternehmens des Erblassers während der Dauer der Verlassenschaftsabhandlung betraute präsumtive Erbe hat bloß die Stellung eines Verlassenschaftskurators.[30])

[29]) Es muß freilich zugegeben werden, daß sich im Falle der bedingten Erbserklärung aus der Annahme, daß die Gläubiger aus den Geschäften, die im Betriebe des während des Abhandlungsprovisoriums fortgeführten Unternehmens geschlossen werden, Nachlaßgläubiger werden, eine für alle Nachlaßgläubiger unbillige Konsequenz ergibt: Der Vorbehaltserbe haftet — nach herrschender Ansicht — pro viribus hereditalis also bis zum Werte des Nachlasses zur Zeit des Todes des Erblassers; die Zahl der konkurrierenden Nachlaßgläubiger wird also durch die neu hinzukommenden Geschäftsgläubiger vermehrt, während durch die während der vorläufigen Geschäftsführung neu hinzukommenden Aktiven die Haftungsgrenze des Erben keine Erweiterung erfährt.

[30]) Vgl. B. Mayer, Grünhuts Z. 32, S. 476. Vorausgesetzt ist dabei, daß es sich um Verbindlichkeiten aus Geschäften handelt, die der gewöhnliche Betrieb des Unternehmens mit sich bringt. Weishut a. a. O. bezieht sich ganz richtig auf Art. 47 HGB. und § 1009 ABGB. Ist die Fortführung des Unternehmens des Erblassers von der Abhandlungsbehörde bloß zum Zwecke der Liquidation genehmigt, so darf der mit der Fortführung Betraute, nur die zum Zwecke der Abwicklung nötigen Geschäfte vornehmen; der Umfang seiner Vollmacht bestimmt sich nach Art. 137 HGB. Vgl. Ofner, JBl. 1889, Nr. 10, der aber dem Falle, daß das Unternehmen während der Verlassenschaftsabhandlung, nicht nur zum Zwecke der Liquidation, sondern behufs Erhaltung seiner produktiven Seite fortgeführt wird, keine Rechnung trägt. Freilich darf derjenige, der das Unternehmen des Erblassers während der Dauer der Verlassenschaftsabhandlung fortführt, aus seiner Stellung als Verwalter eines fremden Vermögens nicht heraustreten. Tritt er dem Verkehr gegenüber als selbständiger Inhaber des Unternehmens auf, so muß er sich auch als solcher behandeln lassen. Der Orientierung des Dritten über die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse dient die in der Praxis übliche Eintragung des sogenannten Abhandlungsprovisoriums. Es wird gleichzeitig mit der

Digitized by Google

Mehrere Mitarten, die das Handelsgeschäft des Erblassers unter einer gemeinschaftlichen Firma über das Stadium der Abwicklung und Auseinandersetzung hinaus fortsetzen, bilden eine offene Handelsgesellschaft[31]), jedoch erst nach der Einantwortung. Vorher handeln sie beim Fortbetriebe des Geschäftes bloß als Vertreter des Nachlasses; vor der Einantwortung wird nicht ein mehreren Miterben gehörendes, von ihnen betriebenes Handelsgewerbe, sondern ein der ruhenden Verlassenschaft gehörendes, oder — wenn man die Konstruktion des § 547 ABGB. akzeptiert — ein der als fortbestehend fingierten Person des Erblassers gehörendes Handelsgewerbe angenommen. Ob während der Dauer der Abhandlung das Geschäft unter der Firma des Erblassers oder einer neuen Firma geführt wird, ist grundsätzlich gleichgültig. Die Verbindlichkeiten aus dem Geschäftsbetriebe vor der Einantwortung sind Nachlaßverbindlichkeiten, für die die mehreren Miterben nach § 550 ABGB., also nur mit dem Nachlaßvermögen, haften. Der Exekution in das im gemeinsamen Geschäftsbetriebe investierte Nachlaßvermögen seitens irgend eines Nachlaßgläubigers steht nicht etwa Art. 119 HGB. entgegen, denn es liegt eben kein Gesellschaftsvermögen vor. Wollen die mehreren Miterben, der Wohltat der während der Dauer des Abhandlungsprovisoriums auf das Nachlaßvermögen beschränkten Haftung nicht verlustig werden, so dürfen sie nicht gegenüber dem Verkehre den äußeren Tatbestand einer offenen „Handelsgesellschaft“ erzeugen.[32]) Der Dritte kann annehmen, daß mehrere

---

Löschung der Firma des Erblassers ins Handelsregister eingetragen, daß das Geschäft für Rechnung der Verlassenschaft oder der Erben fortgeführt wird und dabei auch der Name des mit der provisorischen Führung betrauten Erben oder Nachlaßverwalters eingetragen. Die gesetzliche Zulässigkeit derartiger Registereintragungen hat B. Mayer a. a. O., S. 471 dargetan.

[31]) Die nähere Begründung obiger Behauptung des Textes ist dem § 15 vorbehalten.

[32]) Vgl. B. Mayer a. a. O., S. 472, Voigtet, „Aus dem kaufmännischen Erbrechte“, Busch, 10, S. 72. Binder (III., S. 88) gelangt von seinem Standpunkte aus, daß das Geschäft kein Nachlaßobjekt sei, zu dem Ergebnisse, daß der Erbe niemals das Geschäft des Erblassers fortführen, sondern immer nur sein eigenes betreiben kann; er nimmt daher ganz konsequent bei Fortsetzung des vom Erblasser betriebenen Geschäftes durch mehrere Erben stets — auch für die Zeit während der Nachlaßabhandlung — das Bestehen einer offenen Handelsgesellschaft an. Binder (III., S. 226) gibt selbst zu, daß die aus seiner Auffassung sich ergebende Konsequenz, die darin besteht, daß das im fortgesetzten Geschäfte verwendete Geschäftsvermögen des Erblassers gleichzeitig als Gegenstand der Erbengemeinschaft und als Gesellschaftsvermögen der zwischen den Miterben bestehenden Handelsgesellschaft anzusehen sei, eine äußerst verwickelte Rechtslage schafft und auch zu sachlich unbefriedigenden Ergebnissen führt.

[33]) Hier spielt auch die bereits erwähnte Eintragung des „Abhandlungs-

Digitized by Google

Personen, die unter einer gemeinschaftlichen Firma ein Handelsgewerbe betreiben, mit ihren ganzen Vermögen haften. Der äußere Tatbestand einer offenen Handelsgesellschaft ist in der Regel dann gesetzt, wenn mehrere Miterben das Handelsgeschäft des Erblassers unter einer neuen Firma betreiben.[34]) Der Gesellschaftsanteil des einzelnen Miterben an der durch Fortsetzung des gemeinschaftlichen Betriebes des erblasserischen Geschäftes nach der Einantwortung entstehenden Handelsgesellschaft entspricht der Erbquote. Zu dieser Quote ist der einzelne Miterbe als Gesellschafter am Gewinn, Verlust und Liquidationserlös beteiligt. Die Entstehung des Gesellschaftsanteiles ist die natürliche Wirkung der durch die Konkurrenz mehrerer das Geschäft weiter betreibender Miterben entstehenden Quoten am ererbten Unternehmen und Handelsvermögen.[35]) Die Erben, die das Geschäft über die Einantwortung hinaus gemeinschaftlich weiter betreiben, erwerben die Quoten am Unternehmen und am übrigen Handelsvermögen des Erblassers als Anteile am Gesellschaftsvermögen.[36])

---

provisoriums" eine Rolle. Die übliche Eintragung, daß das Geschäft während der Dauer der Verlassenschaftsabhandlung auf Rechnung der Erben geführt wird, gibt kund, daß für die während der Abhandlung geschlossenen Geschäfte keine unbeschränkte Haftung stattfindet.

[34]) Dies rechtfertigt aber nicht den Satz, daß die mehreren Miterben, die das Handelsgeschäft des Erblassers unter einer neuen Firma fortsetzen, dadurch notwendigerweise eine offene Handelsgesellschaft ins Leben rufen (so Böhm, Das Erbrecht des deutschen LGB., S. 423, N. 1, zweifelnd Staub, Anm. 25 zu § 27). Es fehlt vor der Einantwortung an einer Mehrheit der Inhaber des Handelsgeschäftes; bloß den durch Annahme einer neuen Firma erzeugten Schein einer solchen Mehrheit müssen diejenigen gegen sich gelten lassen, die den äußeren, der wirklichen Rechtslage nicht entsprechenden Tatbestand gesetzt haben.

[35]) Der Erblasser kann innerhalb der durch das Erbrecht gezogenen Grenzen über diese Anteile letztwillig verfügen. Die testamentarische Bestimmung, daß die Erben das Geschäft gemeinsam fortsetzen müssen, ist eine gültige Auflage, unter der den Erben der Anteil am Geschäfte angefallen ist (vgl. Budw. 11.217). Die Bestimmung im Testamente, — diese Frage ist praktisch geworden — daß einer der Miterben mit Eintritt eines bestimmten Ereignisses, z. B. seiner Verehelichung, aus dem Geschäfte auszutreten hat, hat die Bedeutung einer der Erbeseinsetzung bezüglich des im Anteile am Unternehmen bestehenden Nachlaßgegenstandes beigesetzten auflösenden Bedingung oder Befristung. (Vgl. zu dieser Frage auch Voigtel, Busch, 10, S. 79 ff.).

[36]) Der VGH. (Budw. 13.083, 12.452, Budw. F. 579) erblickt — was mit seiner Auffassung, daß das Handelsgeschäft keinen Gegenstand des Nachlasses bildet, zusammenhängt — in der Fortsetzung des Handelsgeschäftes des Erblassers durch mehrere Erben einen zweifachen und zweifacher Gebühr unterliegenden Rechtsübergang, vom Erblasser auf die Miterben und von diesen auf die zwischen ihnen entstehende Gesellschaft; eine bloße Übertragung vom

Digitized by Google

Die durch den Fortbetrieb des erblasserischen Geschäftes entstehende Handelsgesellschaft haftet auf Grund der Geschäftsführung allein so wenig wie ein Einzelkaufmann für die Geschäftsverbindlichkeiten des Erblassers, sie haftet auf Grund der Geschäftsfortführung nur, wenn solche Umstände vorliegen, unter denen auch ein Einzelkaufmann, der ein erworbenes Geschäft fortführt, für die Geschäftsverbindlichkeiten des Vorgängers haftet.[37]) Liegen nicht solche Umstände vor, so besteht nur eine Haftung auf Grund der Erbenqualität. Diese Haftung trifft aber nicht die entstehende Gesellschaft, weil diese nicht Erbin ist, sondern die einzelnen Gesellschafter in ihrer Eigenschaft als Miterben. Dies hat zur Folge, daß die Geschäftsgläubiger des Erblassers einschließlich derjenigen, deren Forderungen während der Zeit der Fortführung des Geschäftes auf Rechnung der Verlassenschaftsmasse entstanden sind, in dem Zugriffe auf das nunmehr Gesellschaftsvermögen gewordene Geschäftsvermögen des Erblassers durch Art. 119 HGB. beschränkt[38]) sind; denn sie sind keine Gesellschaftsgläubiger.[39])

Erblasser an die zwischen den Miterben entstehende offene Handelsgesellschaft hatte dagegen der VGH. (Budw. 11.217) angenommen, wenn der Erblasser im Testamente seinen Erben die Fortsetzung der Gesellschaft zur Pflicht gemacht hat. Von einem doppelten Rechtsübergange kann nicht die Rede sein; denn das Gesellschaftsvermögen gehört den Gesellschaftern; es findet hier auch nicht einmal eine Umwandlung von freiem Miteigentum in gebundenes statt — übrigens ist auch die Gebührenpflicht dieses Rechtsgeschäftes mindestens zweifelhaft — sondern die Erben erwerben die Anteile am ererbten Handelsvermögen überhaupt nur als gebundene Miteigentumsanteile. Die Unterscheidung, ob die Erben das Geschäft freiwillig oder kraft testamentarischer Anordnung fortsetzen, ist für die Frage, ob ein einfacher oder doppelter Rechtsübergang stattfindet, ohne Belang; auch in letzterem Falle sind Erben die Gesellschafter und nicht die Gesellschaft. Im Jahre 1904 hat übrigens der VGH. gelegentlich der Entscheidung einer anderen Frage ausgesprochen, daß in der Einbringung von beweglichen Sachen in eine zwischen den Inferenten gegründete offene Handelsgesellschaft keine gebührenpflichtige Vermögensübertragung gelegen sei, da im Sinne des Gebührengesetzes das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft als gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter anzusehen sei (Budw. F. 2587, 2824).

[37]) Vgl. Staub, Anm. 1 zu § 25.

[38]) Gesellschaftsgläubiger sind sie nur dann, wenn einer der Fälle vorliegt, in denen der Erwerber eines Handelsgeschäftes (hier die entstehende Gesellschaft) für die Geschäftsverbindlichkeiten des Vorgängers haftet. § 11, Abs. 2 EO. ist auf den im Texte erwähnten Fall nicht anwendbar. Er setzt einen „in Angelegenheiten der Gesellschaft", nicht einen in Angelegenheiten des derzeit von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens erwirkten Exekutionstitel voraus. Dies ist auch für das deutsche Recht nicht anders; daher ist es nicht zutreffend — wenigstens nicht für alle Fälle — wenn Binder (III., S. 226, N. 17) ausführt, daß in allen Fällen die Gläubiger

Digitized by Google

§ 10.

3. Die Verpachtung eines Unternehmens.

Daß das Unternehmen Gegenstand eines Bestandsvertrages sein kann, ergibt sich aus der allgemeinen Bestimmung des § 1092 ABGB., der in Verbindung mit §§ 1054, 878 ABGB. alle Gegenstände des erlaubten Verkehres als mögliche Bestandsobjekte anerkennt, ferner aus § 341 EO., da die dortselbst erwähnte Zwangsverpachtung die Möglichkeit einer vertragsmäßigen Verpachtung des Unternehmens voraussetzt.[1]) Das PersStG. spricht von der Verpachtung von Unternehmungen (§§ 34, 121), von der Verpachtung von Gewerben (§ 77) und erwähnt in § 124, Z. 4 die Verpachtung von Gewerben neben der Verpachtung von Gewerberechten. Von der Verpachtung einer Apotheke als Unternehmen handeln die §§ 4, 17 und andere Bestimmungen des ApothekenG. Von der Verpachtung des Eisenbahnbetriebes spricht § 57 der Eisenbahnbetriebsordnung vom 16. Nov. 1851, RGBl. Nr. 1 aus 1852. § 55 GewO. spricht aus, daß jeder Gewerbeinhaber sein Gewerbe verpachten könne; er bezieht sich schon nach dem Wortlaute, den er nach der ursprünglichen Fassung der Gewerbeordnung

---

aus dem Betriebe des Handelsgeschäftes des Erblassers Gläubiger der Handelsgesellschaft werden, die durch Fortführung des erblasserischen Geschäftes durch mehrere Miterben entsteht. Gerade das DHGB. ist sich des praktischen Unterschiedes, ob bei Übergang eines Handelsgeschäftes auf eine offene Handelsgesellschaft für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten eine Haftung der Gesellschafter oder der Gesellschaft stattfindet, deutlich bewußt (vgl. Denkschrift, S. 107).

[39]) Selbst wenn man die Ansicht K. Adlers akzeptiert, daß Art. 119 denjenigen Gläubigern nicht entgegensteht, denen alle Gesellschafter aus irgend einem Rechtsgrunde solidarisch haften (vgl. § 17), wird man nur im Falle der unbedingten Erbserklärung, die gemäß § 820 ABGB. neben der illimitierten auch eine solidarische Haftung der mehreren Miterben nach sich zieht, zu einem anderen Ergebnisse kommen.

[1]) Der Cod. Ther. (Kap. 12, § 1, N. 3) bestimmt: „Denn eigentlich werden Häuser, Wohnungen — — vermietet, Güter und fruchtbringende Gründe, sowie abfallende Renten und Einkünfte arrondiert — — gewinnstige Gewerbe als z. B. Mühlen, Meiereien, Wirts- und Branntweinhäuser, Wein- und Bierschank in Bestand gegeben — —“ Gedacht ist wohl hier an ein einheitliches, aus dem Reale, dem (radizierten) Gewerberechte und dem Unternehmen bestehendes Bestandobjekt (vgl. hiezu auch Přibram, Geschichte der österreichischen Gewerbepolitik, S. 292). Das Gleiche dürfte bei einigen ähnlichen Bestimmungen der älteren österr. Gewerbegesetzgebung der Fall sein. Vgl. § 38 der MüllerhandwOrdg. vom 25. Oktober 1672: „Müllerknechte und Jungen können Mühlen in Bestand nehmen, vorher sich aber beim Handwerke melden“; ferner § 6 der Wiener Innungsordnung vom 12. Juli 1749: „Die Brauhauseigentümer, die selbst solche zu betreiben kein Belieben haben, können solche — — jemand, der das Handwerk gelernt hat, in Bestand geben.“

Digitized by Google

hatte, sowohl auf konzessionspflichtige als auch auf freie Gewerbe. Im ersten Falle ist als Pachtobjekt offenbar die Konzession gedacht,[2]) und zwar kann nur die Verpachtung einer solchen Konzession praktisch werden, bei deren Verleihung auf den Lokalbedarf Bedacht zu nehmen ist. Bei anderen Gewerben wäre im Hinblick auf die Vorschrift, daß der Pächter gleich dem Gewerbeinhaber die für den Betrieb des Gewerbes erforderlichen Eigenschaften besitzen muß und bei konzessionspflichtigen Gewerben die Person des Pächters der gewerbebehördlichen Genehmigung unterliegt, die Verpachtung des Gewerberechtes ein wirtschaftlich ganz inhaltloses Geschäft. Soll die Bestimmung des ersten Absatzes des § 55 GewO. in ihrer Anwendung auf andere Gewerbe als diejenigen, zu deren Betriebe eine Konzession nur in beschränkter Anzahl erteilt wird, überhaupt einen Inhalt haben, so kann sie nur auf die Verpachtung des Unternehmens bezogen werden. Das Gleiche gilt von den über die Verpachtung von Gewerben handelnden Bestimmungen des PersStG.[2a]) Damit ist lediglich gesagt, daß das privatrechtliche Verhältnis, das durch die Verpachtung eines gewerblichen Unternehmens entsteht, auch der Gewerbebehörde gegenüber zum Ausdrucke gebracht werden kann;[3]) denn die privatrechtliche Gültigkeit von Pachtverträgen über ein Unternehmen auszusprechen, war weder notwendig, noch lag dies in der Absicht des Gesetzgebers.[4])

---

[2]) Dies war auch die Auffassung der Gewerbenovelle vom 15. März 1883, die den dritten Absatz hinzufügte, der das Allegat des § 19 GewO. enthält, woselbst von der Verpachtung der Konzession die Rede ist.

[2a]) Der VGH. bei Budw. F. 641 erblickt das Wesen der Verpachtung im Sinne der GewO. und des PersStG. lediglich in dem Betrieb eines Gewerbes auf Grund eines fremden Gewerberechtes und unterscheidet bloß zwischen der Verpachtung des Gewerberechtes und der der Betriebsräume und Einrichtungen.

[3]) Von erheblichem Interesse ist es freilich nicht für die Parteien, ob der Pächter eines Unternehmens gegenüber der Gewerbebehörde als solcher namhaft gemacht wird, oder ob statt des der Gewerbebehörde gegenüber gar nicht hervortretenden Verpächters der Pächter als Gewerbeinhaber erscheint. Der Pächter hat ja alle Pflichten des selbständigen Gewerbeinhabers und der Verpächter wird dieser Pflichten nicht vollkommen ledig. Die einzige praktische Bedeutung der in § 55 GewO. gestatteten Verpachtung, soweit sich die Bestimmung nicht auf konzessionspflichtige Gewerbe bezieht, besteht darin, daß eine öffentliche Beurkundung des bezüglich des Unternehmens bestehenden Rechtsverhältnis vorliegt und darin, daß im Falle einer Entfernung des Pächters vom Gewerbebetriebe der Verpächter das Gewerbe sofort selbst betreiben kann.

[4]) Die Motive zu dem dem § 55 GewO. entsprechenden § 60 des Entw. zu einer GewO. aus dem Jahre 1859 mögen, obzwar sie den Sinn des § 55

Digitized by Google

GewO. nicht vollständig klar stellen, wegen ihrer schweren Zugänglichkeit — eine Abschrift befindet sich im Ministerium des Innern — mitgeteilt werden:

„Nach den damaligen Gewerbeinstitutionen war zwar der Inhaber eines persönlichen Gewerbes berechtigt, dieses durch Werkführer und derlei Geschäftsleiter auszuüben, die Verpachtung hingegen war verboten und in Niederösterreich wurde sie im dritten Übertretungsfalle sogar mit dem Gewerbsverluste bestraft.

Die Handhabung dieser Beschränkung hat von jeher große Schwierigkeiten gefunden; indem es von dem Geschäftsauftrage bis zur Verpachtung so mannigfache und so leicht der Kenntnis der Behörde sich entziehende Modalitäten der Abrede gibt, daß in den wenigsten Fällen das wahre Verhältnis sich konstatieren läßt.

Auch entbehrt das Verbot — selbst in dem alten Systeme, wenigstens in Beziehung auf jene Gewerbe, welche keiner numerischen Beschränkung mit Rücksicht auf den Lokalbedarf unterliegen — jedes logischen Grundes, da das gesetzliche Erfordernis der Befähigung wenigstens die Ausschließung qualifizierter Pächter nicht rechtfertigen kann.

In dem neuen Systeme wird dieses Verbot ganz entfallen. Bei den freien Gewerben hätte es ohnehin keinen Sinn und selbst bei den konzessionierten genügt die Forderung, daß auch der Pächter qualifiziert sein müsse, und hätte eine weitere, den Gewerbsunternehmer in seinen Konvenienzen beengende Einschränkung gar keinen Zweck.

Bei diesem Punkte liegt noch eine Erwägung nahe, die hier nicht unerwähnt bleiben kann. Warum, möchte man fragen, kümmert sich das Gesetz überhaupt um die Eigenschaften des Gewerbeunternehmers, da dieser doch jederzeit das Gewerbe durch einen Stellvertreter oder Pächter ausüben kann und im Gesetze selbst gewisse Unternehmer zugelassen sind, welche nicht die nötigen Eigenschaften besitzen, nämlich Gesellschaften und Witwen. Wäre es nicht einfacher, das Gesetz faßte nur den Ausübenden ins Auge und ignorierte gänzlich die Unternehmer? So richtig die Bemerkung scheint, so löst sie sich bei näherer Betrachtung doch in ein Wortspiel auf. Das Gesetz hat es in der Tat nur mit dem Ausübenden zu tun und kümmert sich nicht um den hinter ihm stehenden Kapitalisten. Als Ausübenden kann aber die Behörde bei der Anmeldung oder Konzession doch nur denjenigen ansehen, der eben das Gewerbe anmeldet oder darum ansucht; denn er erhält jedenfalls das Recht, dasselbe auszuüben und muß daher die nötigen Eigenschaften besitzen. Bei Gesellschaften, die der Natur der Sache nach ein Gewerbe nur durch einen Geschäftsführer ausüben können, macht sich die Ausnahme von selbst und bei Witwen ist sie durch das Witwenrecht begründet. Die Bemerkung kann sich daher nur auf den Fall beziehen, wenn jemand, der die gesetzlichen Eigenschaften nicht besitzt, mit der Erklärung um ein Gewerbe ansucht, er verpflichte sich, ein solches durch einen qualifizierten Stellvertreter oder Pächter auszuüben. Allein die Gewerbebehörde ist — die gedachten zwei Fälle ausgenommen — nicht berufen, von einer solchen Erklärung Notiz zu nehmen; sie wird der Partei einfach antworten, der eventuelle Pächter möge sich selbst melden, das privatrechtliche Verhältnis zwischen beiden interessiere die Gewerbepolizei nicht. Dazu kommt noch die Betrachtung, daß es sich vom Standpunkte der Behörde überhaupt nicht ermessen läßt, welchen Einfluß der angemeldete Unternehmer oder Träger der Konzession auf die Leitung des durch den Stellvertreter

Digitized by Google

Für das deutsche Recht kommt § 1822, Z. 4, DBGB. (Verpachtung eines Gewerbebetriebes)[5]) und § 22 DHGB., der jetzt die Verpachtung eines Handelsgeschäftes ausdrücklich erwähnt, in Betracht.[6])

Der Bestandvertrag, dessen Gegenstand ein Unternehmen ist, fällt nach dem ABGB. unter den Begriff des Pachtvertrages;[7]) dies folgt nicht allein aus dem in den einzelnen angeführten Gesetzen vorkommenden Ausdrucke „Pacht", da ja nicht feststeht, daß diese Gesetze auf die Terminologie des ABGB. Bedacht nehmen, sondern auch aus der Legaldefinition des § 1091 ABGB., denn das Unternehmen ist ein Gegenstand, der „nur mit Fleiß und Mühe benützt werden kann"; die

---

oder Pächter betriebenen Gewerbes nehmen wird; daher es jedenfalls nötig ist, daß bei Gewerben, für welche gewisse Garantien der Befähigung und der Vertrauenswürdigkeit gefordert werden, der Träger des Gewerbes auch für seine Person dieselben bieten könne."

[5]) Die Aufnahme besonderer der Beschaffenheit des Objektes gerecht werdender Bestimmungen über die Verpachtung von „gewerblichen Unternehmungen, Erwerbsgeschäften", war von den Verfassern des DBGB. in Aussicht genommen, ist aber aus hier nicht interessierenden Gründen unterblieben. (Prot., I., S. 233, 250.)

[6]) Die Zulässigkeit der Verpachtung von Handelsgeschäften wurde auch für das derzeit noch in Österreich geltende HGB. in der Praxis teils stillschweigend angenommen (AdlCl. 1773, OLG. Stuttgart, bei Busch, 13, S. 171, ROHG., 21, S. 105), teils ausdrücklich ausgesprochen (vgl. OAG. Jena, SeuffA., 16, N. 213). In den beiden letzterwähnten Erkenntnissen wird der Unterschied zwischen Handelsvermögen und Handelsgeschäft ziemlich deutlich zum Ausdrucke gebracht. Erwähnung geschieht der Verpachtung von Handelsgeschäften noch in einem nicht zum Gesetze erhobenen Entwurf zu einer Württemberg'schen Handelsgerichtsordnung (mitgeteilt bei Busch, 13, S. 171). Sohm (Arch. BigdR., 28, S. 181) leugnet ebenso wie die Möglichkeit einer Veräußerung auch die einer Verpachtung des Handelsgeschäftes (hierüber oben § 8). Über die Verpachtung von Handelsgeschäften finden sich in den Lehrbüchern des deutschen Handelsrechtes gelegentlich der Erörterung des § 22 DHGB. einige Bemerkungen. Monographische Bearbeitung hat der Gegenstand in den Dissertationen: Schönewald, Über die Verpachtung von Handelsgeschäften (Hannover 1904) und Möbius, Die Verpachtung eines Handelsgeschäftes (Borna-Leipzig 1905) gefunden. — Die Verpachtung eines Handelsgeschäftes ist ein Handelsgeschäft unter den Voraussetzungen, unter denen es die Veräußerung ist. Dagegen ist die Verpachtung eines Handelsgeschäftes bezüglich der Kompetenz nicht als Handelssache erklärt. § 39, Z. 1 EinfG. zum HGB. erwähnt nur die Veräußerung (so auch Horten, Jurisdiktionsnorm, S. 222); das Gegenteil hat bezüglich des gleichlautenden Art. 63, Z. 3 des bayrischen EinfG. zum HGB. das Handelsappellgericht Nürnberg und der OGH. zu München (Goldschmidts Z., 20, S. 608) ausgesprochen.

[7]) Zustimmend Krainz-Ehrenzweig, § 369, N. 8, Stubenrauch zu § 1091 ABGB., Zeiller zu § 1091 ABGB., GlUNF., 58 (Bestandvertrag über ein Gasthausgebäude ist Mietvertrag, über ein Gasthausgeschäft Pachtvertrag).

Digitized by Google

Bestandnahme eines Unternehmens dient dem Zwecke der Produktion nicht dem der Konsumtion.[8])

Für die Beurteilung der sich aus der Verpachtung eines Unternehmens ergebenden Rechtsverhältnisses kommt in Betracht, daß einerseits der Pächter auf eigene Rechnung im eigenen Namen ein Unternehmen betreibt, daß andrerseits an diesem Unternehmen einem andern das Eigentumsrecht zusteht.

a) Der Pächter wird durch den Betrieb des gepachteten Unternehmens Unternehmer in privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Beziehung.[9]) Er wird aus den im Betriebe geschlossenen Geschäften allein persönlich berechtigt und verpflichtet; er wird durch den Betrieb des Unternehmens, falls dieser die Kaufmannseigenschaft begründet, Kaufmann und der Verpächter verliert diese Eigenschaft.[10]) Daher

---

[8]) Mit Recht bemerkt Ehrenzweig bei Krainz-Ehrenzweig, § 369, daß das ABGB. bei der Unterscheidung zwischen Miete und Pacht von dem Unterschiede zwischen Konsumtion und Produktion ausgehe, „der Mieter will genießen, der Pächter will arbeiten". Es kommt freilich nicht auf die subjektive Absicht der Parteien, sondern auf die objektive Beschaffenheit des Bestandgegenstandes an; der Bestandvertrag über ein Klavier ist Mietvertrag, ob es jetzt der Mieter zur musikalischen Unterhaltung oder zum Erwerbe durch Musikunterricht benützen will. — Für das Gebiet des DBGB., das in Anlehnung an die romanistische Lehre den Unterschied zwischen Miete und Pacht dahin abstellte, ob dem Bestandnehmer nur der Gebrauch oder auch der Fruchtbezug der Bestandsache überlassen ist (§§ 555, 581) tauchen Zweifel auf, ob das Unternehmen einen möglichen Gegenstand des in § 581 geregelten Pachtvertrages bildet (vgl. Schönewald a. a. O., S. 14, Möbius a. a. O. S. 9ff.), da sich die im Betrieb eines Unternehmens erzielten Erträgnisse nicht unter dem gesetzlichen Fruchtbegriff des BGB. bringen lassen; § 99 DBGB. erwähnt als Früchte bloß: Die Erzeugnisse einer Sache, die bestimmungsgemässen Erträgnisse eines Rechtes und die Erträge, die eine Sache oder ein Recht auf Grund eines Rechtsgeschäftes gewährt. Diese unvollständige Aufzählung tadelt bereits Petrazycki (Einkommen, II, S. 403ff.). Kohler (Lehrb. des bürgerl. Rechtes, II, S. 313) erblickt in der Gebrauchsüberlassung von unkörperlichen Sachen, zu denen er auch das Unternehmen rechnet, einen Pachtvertrag, da die Pacht die allgemeine Form der Gebrauchsüberlassung sei und Miete nur dann vorliege, wenn es sich um einen Gebrauch von körperlichen Sachen handelt, die bloße Nutzungen und keine Früchte abwerfen. Über die Auffassung der Verfasser des DBGB. vgl. oben N. 5.

[9]) Insofern hat Sohm (Arch. BürgR., 28, S. 181) mit seiner Bemerkung, daß der Betrieb des Pächters sein eigener Betrieb sei, Recht.

[10]) AdCl. 1773, OGH. 24. Sept. 1902, NotZ. 1903, Nr. 16, 16. März 1904, JBl. 1904, Nr. 13. Führt der Pächter die Firma des Verpächters fort, so ist die Änderung in der Person des Inhabers einzutragen; nimmt der Pächter eine neue Firma an, so ist die Firma des Verpächters zu löschen (dagegen B. Mayer a. a. O., Grünhuts Z., 32, S. 478 wegen des noch auf Seiten des Verpächters bestehenden animus revertendi ad negotia) und die Firma des

Digitized by Google

bewirkt die Verpachtung des Unternehmens einer offenen Handelsgesellschaft Auflösung der Gesellschaft. Eine Handelsgesellschaft liegt vor, wenn mehrere Personen ein Handelsgewerbe betreiben. Einstellung des Gewerbebetriebes muß daher trotz der im Gesetze beabsichtigten texativen Aufzählung der Auflösungsgründe zu den ipso jure wirkenden Auflösungsgründen gerechnet werden.[10a]) Eine Liquidation ist nur bezüglich der auf den Pächter nicht übergehenden Aktiva notwendig. Bezüglich des verpachteten Unternehmens entsteht zwischen den Gesellschaftern schlichte Rechtsgemeinschaft, ebenso wie zwischen den Miterben eines Handelsgeschäftes, das diese statt selbst zu betreiben, verpachten (vgl. § 15 am Anfang). Führen nach Ablauf der Pachtzeit die Gesellschafter das Geschäft weiter, so liegt Gründung einer neuen Gesellschaft vor.

Für die Geschäftsverbindlichkeiten des Verpächters haftet der Pächter unter denselben Voraussetzungen wie der Erwerber eines Geschäftes. Soferne nach österreichischem Recht überhaupt eine Haftung des Geschäftserwerbers für die Passiva des Vorgängers stattfindet, ist sie eine Folge einer gegenüber den Gläubigern wirksamen rechtsgeschäftlichen Erklärung; die Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer solchen Erklärung können keine anderen sein, ob das

---

Pächters anzumelden, und zwar von diesem, nicht vom Verpächter (Feder, DJZ., 1904, S. 118). Der Umstand, daß der Pächter nicht sein eigenes Handelsgeschäft betreibt, hat im Handelsregister keinen Ausdruck zu finden.

[10a]) Es steht nicht im Belieben der Gesellschafter, nach Einstellung des Gewerbebetriebes das Gesellschaftsvermögen so lange sie wollen als gebundenes Miteigentum zu besitzen und das Recht an der Gesellschaftsfirma sich zu erhalten. Der Registerrichter kann die Gesellschafter nach Einstellung des Gewerbebetriebes zur Löschung der Gesellschaftsfirma und zur Herbeiführung der Voraussetzungen dieser Löschung, zur Beseitigung des ungeteilten Gesellschaftsvermögens im Wege der Liquidation oder eines anderen Auseinandersetzungsverfahrens — hierin liegt die Bedeutung des nunmehr auch durch das DHGB. anerkannten Satzes, daß die Liquidation bloß die dispositiv angeordnete Wirkung der Auflösung bildet — verhalten (vgl. Randa, II., S. 237, 238, K. Adler, S. 125). — In der Literatur wird die (definitive) Einstellung des Gewerbebetriebes als Auflösungsgrund der offenen Handelsgesellschaft in der Regel übergangen; gelegentlich erwähnt Franken (Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft, S. 145) diesen Auflösungsgrund; vgl. auch AdCl., 1312. Bei den juristisch Persönlichkeit genießenden handelsrechtlichen Vereinigungen bedeutet die Einstellung des Gewerbebetriebes keinen ipso jure wirkenden Auflösungsgrund. Die Verbundenheit der Mitglieder wird nicht durch die Gemeinschaft bezüglich des zu einem bestimmten Zwecke verwendeten Vermögens, sondern durch den eine juristische Person ins Leben rufenden Gründungsakt erzeugt (vgl. Staub, Anm. 6 und 16 zu § 292, Lehmann-Ring, I., S. 580, Makower, I., S. 659 und das bei Goldschmidts Z., 40, S. 477 mitgeteilte Erkenntnis des OLG. Stuttgart).

Digitized by Google

Geschäft auf Grund eines Erwerbes zu Eigentum oder auf Grund eines Pachtverhältnisses weitergeführt wird (vgl. unten § 14).[11])

Die Firma, unter der der Pächter das Geschäft führt, mag es eine neue Firma oder die des Verpächters sein, ist seine eigene; er hat an ihr wie an den übrigen Unternehmenskennzeichen durch Gebrauch in eigenem Betriebe für seine Person ein Recht erworben; er wird ja auch als Inhaber der Firma im Handelsregister eingetragen.[12]) Daß die Bestimmung des Art. 22, wonach der Erwerber eines Handelsgeschäftes mit Einwilligung des Veräußerers dessen Firma weiterführen darf, auch auf die Übernahme eines Geschäftes auf Grund eines Pachtvertrages Anwendung findet, ergibt sich daraus, daß der Pächter eines Handelsgeschäftes geradeso wie der Erwerber in der Lage ist,

---

[11]) Das Gleiche gilt für das deutsche Recht. § 25 DHGB. gründet die Haftung des Geschäftserwerbers für die früheren Geschäftspassiven nicht auf den Erwerb des Geschäftsvermögens, sondern auf eine Erklärung, die Haftung übernehmen zu wollen oder die unveränderte Fortführung der Firma; diese Fortführung ersetzt die Erklärung, für die Passiven haften zu wollen (der gleichen Ansicht, Makower, I., S. 54, Staub, Anm. 1 zu § 25, Goldmann, S. 102, Lehmann-Ring, I., S. 91, a. M. L. Cohn, die Neuerungen des materiellen Firmenrechtes nach dem künftigen HGB. bei Gruchot, 42, S. 52). Hellwig (Verträge, S. 398) nimmt bei Erwerb des ganzen Geschäftsvermögens eine über § 25 DHGB. hinausgehende Haftung des Geschäftserwerbers gemäß § 419 DHGB. an. Wenn und insoweit diese Ansicht richtig ist (hierüber § 14), muß sie natürlibh auf den Fall des Erwerbes zu Eigentum eingeschränkt bleiben: denn der Pächter erwirbt nicht das ganze Geschäftsvermögen.

[12]) Die Annahme eines dem Pächter an der Firma zustehenden Gebrauchsrechtes (Staub, Anm. 18 zu § 22) ist mit der Auffassung der Firma als Name unvereinbar. So lange der Pächter das gepachtete Geschäft unter irgend einer Firma führt, ist diese Firma sein Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt. Die Streitfrage (vgl. Makower, I., S. 84, Möbius a. a. O., S. 21) ob nach Ablauf der Pachtzeit der Verpächter ohneweiters wieder berechtigt ist, seine frühere Firma zu führen, ist folgendermaßen zu entscheiden: Ist die Firma, deren Führung dem Pächter gestattet wird, so beschaffen, daß sie der Verpächter auch als ursprüngliche Firma führen darf (besteht sie in seinem bürgerlichen Namen), so kann der Verpächter nach Ablauf der Pachtzeit diese Firma wieder für den Betrieb irgend eines Geschäftes gebrauchen, für den Pächter ist der Gebrauch von nun ab ein unbefugter (vgl. Goldmann, S. 96); hat der Verpächter die Firma selbst nur als eine abgeleitete erworben, so hat er eben nur das Recht, diese Firma für den Betrieb des Handelsgeschäftes, mit dem er sie erworben, zu führen. Diese Voraussetzung kann er nicht erfüllen, so lange ihm der Pächter dieses Handelsgeschäft, wenn auch rechtswidrig, vorenthält. Stellt der Pächter das Handelsgeschäft zurück, so erlangt der Verpächter ipso jure die Befugnis zur Weiterführung der Firma; er bedarf hiezu nicht einer ausdrücklichen Einwilligung des Pächters.

Digitized by Google

die reellen Vorraussetzungen des an eine bestimmte Firma geknüpften Vertrauens zu erfüllen.[13])

Auf Grund des Nachweises der erfolgten Pachtung des Unternehmens kann der Pächter auch die Umschreibung der Markenrechte auf seinen Namen begehren. Der im 4. Bande (2. Abt.) der Manzschen Gesetzesausgabe, S. 318 mitgeteilte HME. vom 9. Mai 1904, Z. 1735 steht auf einem anderen Standpunkte und erblickt in der Verpachtung des Unternehmens keinen Besitzwechsel im Sinne des § 9 MarkG., sondern lediglich die Überlassung der Ausübung des Betriebes an den Pächter. Diese Auslegung des § 9 MarkG. halte ich nicht für richtig. § 9 will das Markenrecht nicht an das Eigentum eines Unternehmens, sondern an den Betrieb eines bestimmten Unternehmens binden; das Markenrecht soll nicht jemandem zustehen, der durch seinen Betrieb nicht das an die Marke geknüpfte Vertrauen des Verkehres erfüllen kann. Derjenige, der ein Unternehmen als Pächter betreibt, kann dies aber geradeso wie der Eigentümer, es liegt gar kein Grund vor, ihm den an die Registrierung der Marke geknüpften vollen Schutz des Markenrechtes zu versagen und die Verfolgung von Eingriffen in das Markenrecht dem Verpächter zu überlassen, der freilich hiezu auf Grund des Pachtvertrages verhalten werden könnte.[13a])

Als Unternehmer wird der Pächter auch in öffentlichrechtlicher Hinsicht angesehen[14]); er wird Mitglied der gewerblichen Genossenschaft (§ 107 GewO.); Geldstrafen, wegen der nach der GewO. strafbaren, im Gewerbebetriebe begangenen strafbaren Handlungen, sind

---

[13]) Man muß sich eben nur vor Augen halten, daß diese realen Grundlagen in der Organisation der Produktionsmittel und in der bestehenden Absatzgelegenheit liegen (vgl. oben § 3 bei N. 26). Wer diese realen Grundlagen nicht in den beiden genannten Faktoren, sondern in dem Geschäftsvermögen erblickt, müßte natürlich zu einer anderen Ansicht kommen. Für die — jetzt in § 22, Abs. 2 DHGB. ausdrücklich ausgesprochene — Anwendbarkeit des Art. 22 auf den Fall der Verpachtung Randa, I., S. 134, Canstein, I., S. 224.

[13a]) Da das Recht an der Firma und dem Etablissementsnamen dem Pächter zusteht (vgl. oben), so käme man nach der Ansicht des Handelsministeriums dazu, während der Verpachtung eines Unternehmens bei Eingriffen im Sinne des § 23 MarkG. eine andere Person als Verletzten anzunehmen, als bei Eingriffen im Sinne des § 24 MarkG. (Unbefugte Bezeichnung von Waren mit der Firma oder dem Etablissementsnamen eines anderen.) Für das deutsche Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen erblicken in der Verpachtung des Geschäftes einen zur Umschreibung des Warenzeichens berechtigenden Übergang des Geschäftsbetriebes im Sinne des § 7 d. Ges.: P. Schmid, Das Warenzeichenrecht, S. 81, Kohler, Markenschutz, S. 81.

[14]) Vgl. hiezu Komorzynsky, Handel, S. 27, Mataja, Grundriß des Gewerberechtes, S. 45.

Digitized by Google

gegen den Pächter zu verhängen (§ 137 GewO.)[15]); der Pächter ist wahlberechtigt als Unternehmer bei der Wahl der Gewerbegerichtsbeisitzer (§ 8 GewGG.); auch in steuerrechtlicher Hinsicht gilt der Pächter als Unternehmer (§ 121 PersStG.)[16]); der von der Gewerbebehörde genehmigte Pächter einer Apotheke gilt nach § 17 des Apothekengesetzes als deren verantwortlicher Leiter.

Die erwähnten Rechte und Pflichten entspringen aus der bloßen Tatsache des Gewerbebetriebes durch den Pächter; sie sind von der Gültigkeit des Pachtvertrages unabhängig; auf dessen Ungültigkeit kann sich weder ein Dritter noch der Pächter gegenüber einem Dritten berufen.[17]) Soweit das Privatrecht in Betracht kommt, sind die erwähnten Rechte und Pflichten auch unabhängig von der an die Gewerbebehörde erstatteten Anzeige der Verpachtung oder der vorgeschriebenen gewerbebehördlichen Genehmigung des Pächters. Dagegen liegt in der mit Wissen und Wollen des Pächters erstatteten Anzeige der Verpachtung an die Gewerbebehörde, die vom Pächter dem öffentlichen Verkehre gegenüber abgegebene Erklärung, daß das Gewerbe von nun an in seinem Namen betrieben werden wird; der Pächter muß sich daher, ohne Rücksicht auf das wirkliche Bestehen des Pachtverhältnisses, als Unternehmer behandeln lassen. Die Kundgebung des Pachtverhältnisses gegenüber der Gewerbebehörde hat für den Pächter dieselbe privatrechtliche Wirkung, wie die Anmeldung des Gewerbes für den Gewerbeinhaber.[18])

Das Gleiche gilt hinsichtlich der öffentlichrechtlichen Pflichten; dadurch, daß jemand verabsäumt, die Verpachtung der Gewerbebehörde

[15]) Gewiß trifft auch die in § 5 PreßG. dem Inhaber einer Druckerei auferlegte Verantwortlichkeit im Falle der Verpachtung den Pächter, wenn auch das Gesetz bloß des Stellvertreters gedenkt.

[16]) Der Verpächter scheidet nicht vollständig aus den dem Gewerbebetriebe entspringenden publizistischen Pflichten aus. Vgl. § 77, Abs. 2 PersStG. (Haftung des Verpächters für die den Pächter bemessene Steuer.) An Stelle des § 139 GewO., der eine unbedingte Haftung des Verpächters für die im Gewerbebetriebe gegen den Pächter verhängten Geldstrafen statuierte, ist jetzt § 137 GewO. (Gewerbenovelle vom 5. Februar 1907) getreten, der die Haftung des Gewerbeinhabers für die gegen den Pächter verhängten Geldstrafen nicht mehr erwähnt.

[17]) Kein Dritter kann die Zulässigkeit der Führung der Firma des Verpächters durch den Pächter aus dem Grunde der angeblichen zivilrechtlichen Ungültigkeit des Pachtvertrages bestreiten, wenn der Verpächter die Zustimmung zur Führung dieser Firma dem Pächter tatsächlich erteilt hat und dieser das Geschäft des Pächters tatsächlich betreibt.

[18]) Vgl. AdCl. 1843, Mataja a. a. O., S. 16. Es entspricht nicht der Rechtslage, wenn Komorzynski (Handel, S. 27), in der der Gewerbebehörde gegenüber kundgemachten Verpachtung eines Gewerbes bloß die Schaffung eines publizistischen Stellvertretungsverhältnisses erblickt.

Digitized by Google

zur Kenntnis zu bringen oder die erforderliche Genehmigung der Gewerbebehörde einzuholen, kann er sich nicht der publizistischen, aus der Tatsache des Gewerbebetriebes entspringenden Pflichten befreien.[19]) Dagegen scheint die Geltendmachung der öffentlichrechtlichen aus dem selbständigen Gewerbebetriebe entspringenden Rechte von der Erfüllung der erwähnten Vorschriften abhängig.

b) Aus dem Umstande, daß der Pächter zwar ein Unternehmen im eigenen Namen, aber ein einem anderen gehörendes Unternehmen betreibt, ergeben sich verschiedene Rechtswirkungen im Verhältnis zu Dritten und im Verhältnisse zwischen Pächter und Verpächter. Als Richtschnur hat hiebei zu dienen, daß auf die Verpachtung eines Unternehmens weder die ausdrücklich von der Bestandnahme beweglicher, noch die ausdrücklich von der Bestandnahme unbeweglicher Sachen handelnden Bestimmungen des ABGB. unmittelbar Anwendung finden können; denn das Unternehmen fällt weder unter den Begriff der beweglichen, noch unter den der unbeweglichen Sachen. (Vgl. oben § 5.)

α) Das Verhältnis zu Dritten. Das Recht des Pächters ist bloß ein obligatorisches. Der Satz „Kauf bricht Miete" gilt in dem Umfange, in dem er im ABGB. ausgesprochen ist (§§ 1195, 1120) auch für die Verpachtung des Unternehmens.[20]) Die gehörige (gesetzliche) Kündigungsfrist, von der § 1120 ABGB. spricht, beträgt sechs Monate. § 1116 ABGB. unterscheidet bei Normierung der Kündigungsfrist zwischen Mieten beweglicher und unbeweglicher Sachen und setzt für Pachtungen ganz allgemein eine sechsmonatliche Kündigungsfrist fest. Wir sind berechtigt, diese Bestimmung entsprechend deren Wortlaute auf alle Pachtungen, nicht bloß auf die von Grundstücken — an die das Gesetz gewöhnlich allein denkt — zu beziehen. Noch der Cod. Ther. (III., Kap. 12, N. 50, 62) erstreckt seine Vorschriften

[19]) Soferne nicht der Wortlaut einzelner Gesetzesbestimmungen das Gegenteil ergibt. So bestimmt § 17, Abs. 1 des Ges. betr. die Regelung des Apothekerwesens: „Der behördlich genehmigte Pächter ist der verantwortliche Leiter der Apotheke." Die nicht behördlich genehmigte Verpachtung einer Apotheke wird daher für den Bereich dieses Gesetzes gänzlich ignoriert.

[20]) Die das noch im Entwurfe Martini (III., 7., § 35) und im westgaliz. GB. vollständig durchgeführte Prinzip „Kauf bricht Miete" einschränkende Bestimmung des § 1120 ABGB. verdankt ihre Aufnahme der Rücksicht auf die bei Wohnungsmieten bestehenden Verhältnisse (vgl. Ofner, II., S. 314). Aber weder aus dem Wortlaute dieser Bestimmung, noch aus der Natur der Sache ergibt sich ein Bedenken gegen die Anwendbarkeit auf alle Bestandverträge. Auch der Cod. Ther. (III., Kap. 12, N. 186) stellt einen dem § 1120 ABGB. entsprechenden Rechtssatz für vermietete Häuser und verpachtete Gründe auf.

Digitized by Google

über die Dauer der Verpachtung auf verpachtete Gewerbe und die dem § 1115 ABGB. entsprechenden Bestimmungen des Entwurfes Martini (III., 7., § 31) und das westgaliz. GB. (II., § 249) reden ausdrücklich von der Verpachtung von Branntweinschenken und Bierbrauereien. Ein Antrag der juristischen Fakultät Wien, die sechsmonatliche Kündigungsfrist auf verpachtete Grundstücke einzuschränken, wurde nicht angenommen. (Ofner, II., S. 309.)

Der Pächter wird nicht Besitzer des verpachteten Unternehmens[21]) und der mitverpachteten Betriebsmittel; er erlangt nur Rechtsbesitz am Pachtrechte. Eine Exekution auf Grund eines gegen den Verpächter erwirkten Exekutionstitels auf Zubehörstücke des verpachteten Unternehmens braucht der Pächter, der an diesen Gegenständen die Gewahrsame hat, nicht zu dulden. Der Verpächter wiederum kann einer gegen den Pächter auf Zubehörstücke des Unternehmens geführten Exekution gemäß § 37 EO. widersprechen. Eine Exekution auf das verpachtete Unternehmen selbst ist nur mittels Zwangsverwaltung zulässig.[22]) Dies folgt aus § 111 EO., der gemäß § 341 (334) EO. auf die Zwangsverwaltung von Unternehmungen sinngemäß anzuwenden ist.[23]) In die Verwaltungsmasse fallen während der vertragsmäßigen Dauer der Pachtzeit als Früchte des verwalteten Unternehmens die Pachtzinse. Der Pächter kann die Einhaltung des Pachtvertrages gegen den Verwalter im Klagswege begehren. Wurde trotz Vorliegens eines Pachtvertrages die Zwangsverwaltung bewilligt, so braucht der Pächter, wenn ihm das Unternehmen bereits übergeben wurde, den Betrieb durch den eingeführten Verwalter nicht zu dulden; denn die Bestimmungen der § 253, 262 EO., nach denen durch eine Exekution keine fremde Gewahrsame verletzt werden darf, müssen Mangels einer entgegenstehenden Bestimmung überall angewendet werden, wo bezüglich des Exekutionsobjektes eine Gewahrsame bestehen kann.[24]) Ist nach Abschluß eines Pachtvertrages die Zwangsverpachtung des verpachteten Unternehmens bewilligt worden und die Einführung des Zwangspächters verfügt, ehe der Verpflichtete dem vertragmäßigen Pächter das Unternehmen übergeben hat, so hat eine

---

[21]) A. M. R. Pollak, Über die Zwangsverpachtung wirtschaftlicher Unternehmungen, GZ., 1907, S. 77.

[22]) Vgl. Neumann, Komm. zur EO., S. 921 und R. Pollak, Zwangsverwaltung, S. 20.

[23]) Vgl. die Bemerkung von Ohmeyer bei der unter N. 37 mitgeteilten Entscheidung. Ob die Bestandsache dem Bestandnehmer zur Zeit des Beginnes der Zwangsverwaltung bereits übergeben war, ist für die Anwendung des § 111 EO. ohne Belang. (Vgl. Schubert-Soldern, S. 100.)

[24]) A. M. OGH. 7. April 1903 (bei Ohmeyer, S. 139), wo der (vertragsmäßige) Pächter auf den Rechtsweg gewiesen wird.

Digitized by Google

Verletzung der Gewahrsame des (vertragsmäßigen) Pächters nicht stattgefunden und dieser ist auf Grund des obligatorischen Pachtvertrages zu einer Widerspruchsklage nach § 37 EO. nicht berechtigt, da ja auf einen im Vermögen des Verpflichteten befindlichen Gegenstand Exekution geführt wird. Man kommt zu dem wenig befriedigenden Ergebnisse, daß die Aufrechthaltung eines über ein Unternehmen geschlossenen, durch Übergabe des Unternehmens an den Pächter noch nicht erfüllten Pachtvertrages bei einer Exekution auf das Unternehmen von dem Zufalle abhängig ist, ob der betreibende Gläubiger die Zwangsverwaltung oder Zwangsverpachtung begehrt. Im Falle der Versteigerung eines Unternehmens — soferne man eine solche für zulässig hält — käme § 1121 ABGB. zur Anwendung; der Pächter müßte dem Ersteher weichen.

β) Das Rechtsverhältnis zwischen Pächter und Verpächter. Da der Pächter nur durch den Betrieb des Unternehmens den Bestandsgegenstand in brauchbarem Zustande erhalten kann, ist er verpflichtet, das Unternehmen zu betreiben, und zwar in der gleichen Art und dem gleichen Umfange wie es der Verpächter betrieben hat.[24a]) Eine Änderung in der Art und dem Umfange des Betriebes würde den Pächter außer Stande setzen, seiner Verpflichtung, dasselbe Unternehmen zurückzustellen, zu entsprechen. Aus dem gleichen Gesichtspunkte muß angenommen werden, daß die Berechtigung des Pächters zum Gebrauche der vom Verpächter verwendeten Unternehmenskennzeichen — bezüglich der Firma bedarf es der ausdrücklichen Einwilligung des Verpächters — auch eine entsprechende Verpflichtung enthält. Der Fall liegt hier anders als bei der Geschäftsveräußerung, wo der Erwerber, dem die Fortführung der Firma des Veräußerers gestattet wird, nach herrschender und richtiger Ansicht bloß die Befugnis hat, diese Firma zu gebrauchen. Von der unveränderten Fortführung der Firma ist ja in vielen Fällen die Erhaltung des Wertes des Geschäftes als solchen abhängig; an dieser Werterhaltung hat der Veräußerer nie, der Verpächter stets ein Interesse.[25])

Die Bestimmung des § 1098 ABGB., nach der es im Zweifel dem Pächter freisteht, den Bestandgegenstand in Afterpacht zu geben, erleidet eine Einschränkung, weil bei einem Pachtobjekte, für dessen

---

[24a]) Vgl. OLG. Braunschweig, Seuff. A. 56, N. 174.

[25]) Diese Erwägung stellt auch Schönewald a. a. O. (S. 24, 25) an, entschließt sich aber nicht, den im Texte aufgestellten Satz als lex lata anzuerkennen. Die noch weitergehende Ansicht, daß der Pächter eine vom Verpächter verschiedene Firma überhaupt nur mit dessen Einwilligung führen darf, die Anschütz-Völderndorff, I., S. 186 vertreten, ist im Gesetze nicht begründet.

Digitized by Google

Werterhaltung die Person des Pächters von solchem Einflusse ist, wie bei einem Unternehmen, mit Rücksicht auf die Person des Afterpächters die Afterverpachtung häufiger als bei jedem anderen Pachtobjekte „ohne Nachteil des Eigentümers“ nicht wird geschehen können.[26]) Der erst durch die Gewerbenovelle vom Jahre 1883 dem ersten Absatze des § 55 GewO. begefügte zweite Satz „Die Afterverpachtung von Gewerben ist nicht gestattet“ steht, soweit er sich nicht auf konzessionierte Gewerbe bezieht (vgl. oben N. 2), der privatrechtlichen Wirksamkeit einer Afterverpachtung eines Unternehmens nicht entgegen, so wenig wie durch den ersten Satz des § 55 GewO. die privatrechtliche Wirksamkeit der Afterverpachtung eines nicht konzessionierten Gewerbes anerkannt wird. Das Verbot der Afterverpachtung hat in seiner Anwendung auf nicht konzessionierte Gewerbe bloß die Bedeutung, daß die Afterverpachtung eines Unternehmens der Gewerbebehörde gegenüber nicht zum Ausdrucke gebracht werden kann. Ist eine Weiterverpachtung erfolgt, so muß der Subpächter der Gewerbebehörde gegenüber entweder als Pächter oder als Gewerbeinhaber auftreten.[27])

Der Anspruch des Verpächters auf Zahlung des Pachtzinses ist durch ein gesetzliches Pfandrecht an allen vom Pächter in das Unternehmen inferierten Mobilien und Geräten, — soferne sie nicht die Zubehöreigenschaft erlangen und Eigentum des Verpächters werden — nicht auch an den Geschäftsforderungen, gesichert.[27a]) Das Pfandrecht

---

[26]) Prot. II., S. 233, 250; Scheidlein, Abhandlung über den Miet- und Pachtvertrag, S. 44.

[27]) Die VV. (I.) zum PersStG. (Art. 56, Z. 5) spricht von einer Haftung des Afterverpächters für die dem Subpächter bemessene Erwerbsteuer, geht es also von einer Wirksamkeit der Afterverpachtung für den Bereich des Steuerrechtes aus.

[27a]) Vgl. R. Pollak a. a. O., S. 79. § 1101 ABGB., ist soweit anwendbar als der Begriff der Illation reicht. Vgl. die entsprechende Bestimmung des Cod.-Ther. II, Kap. 20, § 4, N. 20: „Zweitens sollen dem Vermieter, Verpächter oder Bestandgeber, für den schuldigen Miet-, Pacht- oder Bestandzins . . . an allen von dem Mieter, Pächter oder Bestandmann in das gepachtete Gut, Haus, Hof, Boden, Keller oder Gewölbe gebrachten und ihm eigentümlich zustehenden Fahrnissen, wie auch an denen an dem gepachteten oder bestandenen Gut erzeugten Vorräten . . . ein stillschweigend Pfandrecht oder Hypothek angebühren.“ Die Fassung, die diese Bestimmung im Entwurfe Martini (III, 7. Hauptst., § 24; ziemlich entsprechend dem § 1101 ABGB.) erhalten hat, sollte offenbar nur den ursprünglichen Inhalt in verkürzter Form wiedergeben. Die Erwähnung des auf dem Gute befindlichen Viehes und der dort befindlichen Früchte und Gerätschaften bedeutet keine texative Aufzählung der Objekte des Pfandrechtes des Verpächters; die Absicht der Redaktoren gieng dahin, dem Verpächter ein gesetzliches Pfandrecht an allen auf dem Pachtgute befindlichen Invecten und Illaten einzuräumen

Digitized by Google

dauert so lange, als dessen Objekte im Betriebe des Unternehmens verwendet werden.[28])

Aus der Verpachtung des Unternehmens entsteht an sich für den Verpächter noch keine Verpflichtung zur Konkurrenzenthaltung, wenn sie nicht ausbedungen wurde. Dagegen ist dem Verpächter verwehrt, sich der auf den Pächter übergegangenen Firma und für einen gleichartigen Betrieb der übrigen auf den Pächter übergegangenen Unternehmenskennzeichen zu bedienen. Ein Zuwiderhandeln des Pächters gegen die Verpflichtung, sich der Firma des Pächters nicht zu bedienen, begründet das Einschreiten des Registerrichters gemäß Art. 26 HGB.; daneben stehen dem Pächter die Klage nach Art. 27 HGB.[29]) und die übrigen Rechtsbehelfe, die das Gesetz gegen unbefugte Anmaßung fremder Unternehmenskennzeichen gewährt (§ 46, Abs. 2 GewO.), zu.

Das verpachtete Unternehmen gehört zur Konkursmasse des Verpächters; § 23, Abs. 2 KO. findet Anwendung. Gerät der Pächter in Konkurs, so findet § 23, Abs. 1 KO. Anwendung; die gesetzliche Kündigungsfrist beträgt sechs Monate. Während dieser Kündigungsfrist muß das vom Kridatar gepachtete Unternehmen durch die Konkursmasse fortgeführt werden. Für die freie Entscheidung der mit der Verwaltung des Konkursvermögens betrauten Organe, ob das Geschäft des Gemeinschuldners fortzuführen ist (§ 142, Abs. 2 KO.) ist hier kein Raum.

Da durch Zwangsverpachtung[30]) eines Unternehmens auch ein Pachtverhältnis geschaffen wird, soll über diesen Gegenstand hier statt

(Ofner, II, S. 306). Zeiller (Nr. 8, zu § 1101) begründet seine Ansicht, daß die Aufzählung der Objekte des Pfandrechtes des Verpächters eine texative sei durch den Hinweis auf die entsprechenden Bestimmungen des römischen Rechtes (der gleichen Ansicht Coulon, das gesetzliche Pfandrecht des Bestandgebers, S. 22, Krainz, § 275, N. 5); es liegt aber gar kein Anhaltspunkt vor, daß sich die Redaktoren bei Regelung dieser Materie an das römische Recht anschließen wollten. — Wo von einer Illation nicht gesprochen werden kann, gibt es auch kein Pfandrecht des Bestandgebers. Daher ist R. Pollaks (a. a. O.) Berufung auf GlU., 4264, 8987, wo § 1101 ABGB. tatsächlich auf die Verpachtung einer Gerechtsame angewendet wurde, nicht zutreffend.

[28]) Vgl. R. Pollak a. a. O.

[29]) Klagegrund ist der unbefugte Gebrauch einer Firma, nicht der geschlossene Pachtvertrag. Daher gehört die Klage, trotzdem für Streitigkeiten aus der Verpachtung eines Handelsgeschäftes die Handelsgerichtsbarkeit nicht begründet ist (vgl. oben N. 6) als Streitigkeit „in Ansehung des Rechtes zum Gebrauche einer Firma“ vor das Handelsgericht (§ 39, Z. 1 EinfGes. zum HGB).

[30]) Vgl. R. Pollak, Über die Zwangsverpachtung wirtschaftlicher Unternehmungen, GZ. 1907, Nr. 9ff.

Digitized by Google

erst im Zusammenhange mit den Ausführungen über „das Unternehmen als Exekutionsobjekt“ (§ 13) gesprochen werden. Das Gesetz[31]) hat die Zwangsverpachtung von Unternehmungen nur sehr dürftig geregelt. § 341 EO. erklärt die Exekution auf Unternehmungen im Wege der Zwangsverpachtung für zulässig und drückt durch das Zitat des von der Zwangsverpachtung von Rechten handelnden § 340 EO. aus, daß für die Verteilung der Pachtzinse die Vorschriften für die Verteilung der Ertragsüberschüsse aus einer Zwangsverwaltung anwendbar sind. Die Anwendung aller dieser Vorschriften auf die Zwangsverpachtung ist jedoch nicht möglich. Von einem Rechte der in der verpachteten Unternehmung Angestellten auf vorzugsweise Befriedigung ihrer in § 120, Z. 3 und § 344 EO. näher beschriebenen Lohnansprüche, die bei einer Zwangsverwaltung unmittelbar aus den Bruttoerträgnissen zu berichtigen sind, kann keine Rede sein. Denn wird diesen Ansprüchen, wenn sie vom Verwalter gegen die Vorschrift des § 120, Z. 3 und § 344 EO. nicht unmittelbar aus den Bruttoerträgnissen berichtigt werden, bei der Verteilung der Ertragsüberschüsse ein Vorzugrecht zugestanden,[32]) so beruht dies auf dem Gedanken, daß das Gesetz die wirtschaftliche Regel, daß ein derartiger Anspruch aus den Bruttoerträgnissen einer Wirtschaft zu berichtigen ist, für den Fall, daß diese Wirtschaft in Form der Zwangsverwaltung geführt wird, zur Rechtsregel erhebt, und daß der Verwalter, der dieser Vorschrift nicht entsprochen hat, Beträge als Ertragsüberschüsse erlegt hat, die in Wirklichkeit keine solchen sind. Der in seiner Höhe endgültig festgesetzte Pachtzins stellt sich aber nicht als eine Differenz zwischen Bruttoerträgnissen des Unternehmens und den Betriebsauslagen dar, sondern bildet selbst neben den Lohnansprüchen der Angestellten eine Betriebsauslage, zu deren Berichtigung die Bruttoerträgnisse wirtschaftlich bestimmt sind.[33]) Auch das

---

[31]) Die Zwangsverpachtung als selbständiges Exekutionsmittel — zum Unterschiede von der eine bloße Art der Verwertung der verwalteten Liegenschaft durch den Zwangsverwalter darstellenden im § 111 EO. erwähnten Verpachtung einer Liegenschaft durch den Verwalter — ist der österreichischen Gesetzgebung schon vor der Exekutionsordnung nicht vollkommen fremd gewesen. (Vgl. Art. IV und V EinfGes. zur EO.) Über die Anwendung der Zwangsverpachtung als selbständiges Exekutionsmittel im ungarischen Prozeßrechte vgl. erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe einer ZPO. aus dem Jahre 1881 (331 der Beilagen zu den stenogr. Pr. des AH., 9. Sess., S. 220). Ein selbständiges Exekutionsmittel bildete die Zwangsverpachtung von Liegenschaften auch in einigen früheren deutschen Partikularrechten (vgl. Schmidt, Lehrb. des deutschen Zivilprozeßrechtes (S. 638, N. 1).

[32]) Vgl. über diese Streitfrage § 14, N. 15.

[33]) Der Gesichtspunkt der in rem versio, aus dem in manchen Fällen den Lohnansprüchen der Angestellten ausdrücklich ein Recht auf vorzugs-

Digitized by Google

in der Praxis anerkannte Vorzugsrecht, der in der Betriebsperiode des Pächters aufgelaufenen Erwerbsteuer bei der Verteilung der Pachtzinsraten läßt sich nicht einfach durch den Hinweis auf die §§ 120, Z. 1, 124, Z. 2, 340, 341 EO. begründen.[34]) Bezüglich der Erwerbsteuern bestimmt § 124, Z. 2 EO. zwar ausdrücklich, daß sie aus den vom Verwalter als Ertragsüberschüssen erlegten Beträgen vorzugsweise zu berichtigen sind; aber diese Bestimmung beruht eben auf dem bereits erwähnten Gedanken, daß vor Bezahlung der laufenden Steuern keine Ertragsüberschüsse vorhanden sind, und setzt die Verpflichtung des Verwalters, aus den Bruttoerträgnissen der Liegenschaften vorerst die laufenden Steuern zu bezahlen, voraus. Dies trifft aber bezüglich der erlegten Pachtraten nicht zu, da der Pächter die Pachtrate zu erlegen hat, ohne Rücksicht darauf, ob er seiner Steuerpflicht Genüge getan hat oder nicht. Eine Norm, daß der Pächter bei Unzulänglichkeit der Bruttoerträgnisse aus dem Betriebe erst die Steuern und dann die Pachtraten zu berichtigen hat, besteht nicht.[35]) Die vorzugsweise Befriedigung der Forderung an Erwerbsteuer aus den erlegten Pachtzinsraten ist aber deshalb begründet, weil nach § 77, Abs. 2 PersStG. der Verpächter für die dem Pächter bemessene Erwerbsteuer haftet, die zur Zeit der Verteilung der Pachtrate noch aushaftende Steuerforderung des Staates, daher eine Forderung gegen den Verpflichteten ist, die aus den für den Verpflichteten in den Pachtzinsen bestehenden Erträgnissen des verpachteten Unternehmens gemäß § 124, Z. 2 EO. vorzugsweise zu berichtigen ist.[36])

Über die Rechtsstellung desjenigen, der bei der Zwangsverpachtung eines Unternehmers Ersteher geworden ist, enthält das Gesetz keine

---

weise Befriedigung aus den Verwaltungserträgnissen zugesprochen wird (vgl. § 14, N. 13) ist bei Verteilung des Pachtzinses naturgemäß nicht anwendbar.

[34]) So OGH. im ZBl. 1902, Nr. 21 und 270.

[35]) Im Falle des Konkurses über das Vermögen des Pächters würde freilich die Forderung des Staates an Erwerbsteuer der Forderung an Pachtzins gemäß § 43 KO. vorgehen.

[36]) Im Texte wurde vorausgesetzt, daß die in § 77, Abs. 2 PersStG. normierte Haftung des Verpächters für die vom Pächter zu zahlenden Erwerbsteuern feststeht. Die Frage, ob hiezu die erfolglos gebliebene Geltendmachung der Steuerforderung gegen den Pächter nötig ist, oder ob sich das Finanzärar auf die in § 77 PerStG. dem Verpächter auferlegte Solidarhaft berufen kann, trotzdem Art. 56, Abs. 4 der Vollzugsvorschrift zum PersStG. (RGBl. 1897, Nr. 35) bestimmt, daß die Steuern gegen den Gewerbeverpächter erst im Falle der Uneinbringlichkeit gegen den Pächter geltend gemacht werden können, weil letztere Bestimmung bloß als eine für die Parteien keine Rechte gewährende instruktionelle Vorschrift anzusehen ist, soll hier unerörtert bleiben; im ersteren Sinne entschied die (nicht veröffentlichte) Entscheidung des LG. Wien, vom 5. Juni 1906, R. II. 409/6.

Digitized by Google

ausdrückliche Bestimmung. Wir können die Erörterung der rein dogmatischen Streitfrage unterlassen, ob die Zwangsverpachtung eines Unternehmens einen über das Unternehmen geschlossenen Pachtvertrag darstellt. Es ließen sich, von der positiven Bestimmung des § 1089 ABGB. abgesehen, dafür und dagegen ungefähr die gleichen Argumente anführen, die bei Erörterung der rechtlichen Natur des gerichtlichen Zwangsverkaufes angeführt werden.[37]) Aus dem Gebrauche des Wortes „Verpachtung" folgt, daß auf das durch die vollzogene Zwangsverpachtung geschaffene Rechtsverhältnis — wenigstens grundsätzlich — die Bestimmungen des ABGB. über die Verpachtung Anwendung finden, soferne sie überhaupt auf die Verpachtung von Unternehmungen anwendbar sind.[38]) Es liegt jedenfalls ein Pachtverhältnis vor und solange der rechtliche Bestand dieses Verhältnisses zweifellos ist, kommt es für die Frage der Anwendbarkeit der in anderen Gesetzen enthaltenen, das aus der Verpachtung entstehende Verhältnis regelnden Bestimmungen nicht darauf an, ob man jetzt sagt, daß dieses Pachtverhältnis durch einen Pachtvertrag geschaffen wurde oder ohne einen solchen kraft besonderer Bestimmung des Gesetzes ins Leben getreten ist. Das eine Subjekt dieses Pachtverhältnisses ist jedenfalls der Ersteher, er nimmt die Stellung des Pächters ein. Schwieriger ist die Festellung, wem die Rechte und Pflichten zukommen, die das Gesetz sonst demjenigen zuspricht oder auferlegt, dessen Sache verpachtet wurde. Die Frage ist erheblich praktischer als die mehr dogmatisches Interesse bietende Frage, wer der Verkäufer der zwangsweise veräußerten beweglichen oder unbeweglichen Sachen ist. Durch die Zwangsverpachtung wird ja ein auf die Dauer berechnetes, fortdauernde privatrechtliche Rechte und Pflichten zwischen den Parteien erzeugendes Rechtsverhältnis geschaffen. Subjekt der dem Eigentümer des verpachteten Gegen-

[37]) Eine ausführliche Mitteilung und Erörterung der verschiedenen in der Literatur vertretenen Ansichten über diese Frage siehe bei A. Lehmann, Die Zwangsversteigerung, S. 3 ff.

[38]) Wenn die Gesetze von gerichtlichen Verkäufen, Zwangsverkäufen etc. reden, so liegt hierin freilich keine disponierende, verbindliche Erklärung des Gesetzes. Das Gesetz bezeichnet bloß einen Rechtsakt, nämlich die Versteigerung, mit einem bestimmten Namen; ob dieser Name mit Rücksicht auf die vom Gesetze an den mit diesem Namen bezeichneten Akt geknüpften Wirkungen logisch und richtig gewählt ist, unterliegt der wissenschaftlichen Prüfung. Wenn aber das Gesetz sagt, es findet eine Verpachtung statt, so bezeichnet es mit diesem Ausdrucke nicht bloß einen bestimmten Akt, sondern auch das durch diesen zu schaffende Rechtsverhältnis, und wenn dieses Rechtsverhältnis vom Gesetze nicht anders geregelt ist, so können und müssen wir annehmen, daß das Gesetz auf die Rechtssätze Bezug nehmen will, die in anderen Gesetzen für das durch den gebrauchten Namen bezeichnete Rechtsverhältnis aufgestellt sind.

Digitized by Google

standes zukommenden Rechte und obliegenden Pflichten ist der Verpflichtete. Daß er Eigentümer des verpachteten Gegenstandes bleibt, zeigt sich am deutlichsten darin, daß auch wegen einer anderen gegen ihn bestehenden Forderung die Zwangsverpachtung des Unternehmens als Beitritt zu der bereits anhängigen Zwangsverpachtung bewilligt werden kann. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Verpflichtete die nach dem ABGB. dem Verpächter zustehenden Rechte auch selbst geltend machen kann. Wenn man auch zu dem Ergebnis kommt, daß in der gerichtlichen Zwangsverpachtung der Abschluß eines Pachtvertrages gelegen ist, als dessen Kontrahent der durch das Gericht vertretene Verpflichtete erscheint, so kann man hieraus doch nicht folgern, daß der Verpflichtete zur Einziehung des Pachtzinses legitimiert oder befugt ist, dem Pächter die Zustimmung zu irgend einer Handlung zu erteilen, die geeignet ist, den Wert des Pachtobjektes zu schmälern, z. B. zu einer Verlegung des Betriebsortes. Das Exekutionsgericht ist auch nicht befugt, im offiziosen Wege über ein Begehren des Pächters der erwähnten Art zu entscheiden;[39]) denn der Pächter untersteht nicht wie der Zwangsverwalter der Oberaufsicht des Exekutionsgerichtes[40]) und das Gesetz weist bei der Zwangsverpachtung eines Unternehmens dem Gerichte keine andere Funktion zu als die Vornahme der Zwangsverpachtung selbst und die Verteilung der Pachtzinsraten. Die sich hieraus ergebende und in der Praxis schon oft empfundene Lücke muß auf folgende Weise ausgefüllt werden: Die Zwangsverpachtung dient dem gleichen wirtschaftlichen Zwecke wie die Zwangsverwaltung. Der Gläubiger soll aus den Erträgnissen eines Vermögensobjektes des Schuldners befriedigt werden, das Vermögensobjekt selbst soll dem Schuldner erhalten bleiben; sie unterscheidet sich sachlich von der Zwangsverwaltung dadurch, daß bei dieser — von der Bestimmung des § 111 EO. vorläufig abgesehen — die Befriedigung aus den unmittelbar durch die Bewirtschaftung des in Exekution gezogenen Gegenstandes erzielten Erträgnissen erfolgt, während bei der Zwangsverpachtung der Gläubiger aus den Erträgnissen befriedigt wird, die aus dem Exekutionsobjekte durch entgeltliche Überlassung an einen Dritten zum Zwecke der Bewirtschaftung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erzielt werden.[41]) Es hätte hiezu nicht

---

[39]) A. M. R. Pollak a. a. O., S. 79.

[40]) Schubert-Soldern, S. 413.

[41]) Würde man einfach formulieren: Die Zwangsverwaltung bezweckt Befriedigung durch die Naturalfrüchte, die Zwangsverpachtung durch die Zivilfrüchte, so würde man die Begriffe Zivilfrüchte und Naturalfrüchte in einer anderen Bedeutung gebrauchen, als sie ihnen nach der in der Wissenschaft üblichen Terminologie zukommt. Die bei der Verwaltung eines

Digitized by Google

einmal der Normierung eines selbständigen Exekutionsmittels bedurft; denn die Möglichkeit, daß der Verwalter die Wirtschaft nicht selbst führt, sondern das Exekutionsobjekt einem anderen als Pächter überläßt und als Verwaltungserträgnisse bloß die Pachtzinse abführt, ist im § 111 EO. vorgesehen und die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf die Zwangsverwaltung von Unternehmungen ergibt sich aus den §§ 334, 341 EO.[42]) Sachlich unterscheidet sich diese Art der Zwangsverwaltung kaum von der Zwangsverpachtung; der juristische Unterschied zwischen diesen beiden Exekutionsarten und die Bedeutung der Normierung der Zwangsverpachtung als selbständiges Exekutionsmittel besteht darin, daß zwischen den Personen, die auf die Pachtzinse mit ihren Ansprüchen gewiesen sind und dem Verpflichteten einerseits und dem Pächter andrerseits nicht die Person des Verwalters eingeschoben wird.

Das Gesetz geht offenbar von dem im Regelfalle auch nicht unzutreffenden Gedanken aus, daß zur Durchführung einer Exekution auf die Erträgnisse der letzterwähnten Art außer der Vornahme des Verpachtungsaktes selbst, der auch nach § 111 EO. der Ingerenz des Gerichtes unterliegt, und der auch bei der Zwangsverwaltung dem Gerichte obliegenden Verteilung der Erträgnisse — nur an diese beiden Akte denkt das Gesetz in § 340 EO. bei Normierung der Zwangsverpachtung eines Rechtes — keine anderen Handlungen vorzunehmen sind, daher der wirtschaftliche Erfolg einer Zwangsverwaltung ohne Bestellung eines Verwalters möglich ist. Ist nun wider Erwarten doch eine andere, sei es rechtsgeschäftliche, sei es prozessuale Handlung vorzunehmen, so besteht eine Lücke im Gesetze, die nicht dadurch ausgefüllt werden kann, daß das Gericht selbst diese Handlung vornimmt, weil das Gericht nicht zur Abgabe von rechtsgeschäftlichen Erklärungen berufen ist.[43]) Die Lücke ist

Zinshauses erzielten, in den Mietzinsen bestehenden Erträgnisse sind keine Naturalfrüchte und die Erträgnisse, die vom Verwalter durch den Betrieb des verwalteten Unternehmens erzielt werden, lassen sich weder dem Begriffe der Naturalfrüchte, noch dem der Zivilfrüchte unterstellen. (Vgl. hiezu Petražycki, Einkommen, II., S. 403 ff.)

[42]) § 341, Abs. 2 EO. setzt auch den Fall voraus, daß die Geschäftsführung auf den Verwalter nicht selbst übergeht. Dies ist nur möglich, wenn der Verwalter den tatsächlichen Betrieb des Unternehmens einem Geschäftsführer — woran Schubert-Soldern, S. 435 allein denkt — oder einem Pächter (§ 55 GewO.) überläßt.

[43]) Das Gericht kann nur seine Zustimmung zu einer von einer Person abgegebenen oder abzugebenden rechtsgeschäftlichen Erklärung als Vormundschafts- oder Kuratelsgericht geben. Eine ähnliche Bedeutung hat die vom Exekutionsgerichte dem Zwangsverwalter für eine Verwaltungshandlung erteilte Genehmigung.

Digitized by Google

durch Anwendung der für die Zwangsverwaltung geltenden Vorschriften zu ergänzen; das Gericht hat für die Vornahme der im Laufe der Exekution auf die Erträgnisse ausnahmsweise notwendigen Verwaltungshandlungen einen Verwalter ad actum zu bestellen. Dieser Verwalter übt bei Vornahme der Handlung oder Abgabe der Erklärung, die den Zweck seiner Bestellung bildet, ein Recht des Verpflichteten aus, hat aber hiebei, wie jeder Zwangsverwalter, nicht nur die Interessen des Verpflichteten, sondern neben diesen die Interessen aller auf die Erträgnisse gewiesenen Gläubiger wahrzunehmen.[44]) Ist der Pächter mit der vom Verwalter abgegebenen Erklärung[45]) oder vorgenommenen Handlung nicht zufrieden, so steht ihm die Beschreitung des ordentlichen Rechtsweges offen.

Gegen den säumigen Ersteher erfolgt die Hereinbringung der Pachtzinsraten gemäß § 278 EO. und dem dort allegierten § 155, Abs. 2 EO., da die Bestimmungen über die Versteigerung beweglicher Sachen auf die gerichtliche Zwangsverpachtung gemäß § 340, Abs. 2 EO. sinngemäß anzuwenden sind; der Wiederversteigerung entspricht die Wiederverpachtung[46]). Dieses offiziose Verfahren ist jedoch nur so lange anwendbar, als die Verpflichtung des Pächters zur Zinszahlung feststeht oder wenigstens nur von der Entscheidung von Rechtsfragen abhängt.[47]) Es lassen sich jedoch auch Fälle denken, in denen die Zahlungspflicht des Pächters von der Feststellung streitiger

---

[44]) Aus diesem Grunde wurde auch im Texte der am nächsten liegende Ausdruck Kurator vermieden, denn er könnte zu der unrichtigen Auffassung führen, als würde, was ja bei einem Kurator in der Regel der Fall ist, Rechts- und Interessenvertretung zusammenfallen. Die Praxis der Gerichte, die auf eine Anfrage der Gewerbebehörde, ob gegen die vom Pächter begehrte Verlegung des Betriebsortes — eine Handlung, zu der bei vertragsmäßiger Verpachtung eines Unternehmens zweifellos die Genehmigung des Verpächters nötig ist — ein Anstand obwaltet, nach Einvernehmung der Interessenten eine meritale Erklärung abgeben, kann nur gebilligt werden, wenn alle Interessenten, einschließlich des Verpflichteten, dem Begehren des Pächters zustimmen. Dann wäre es eine zwecklose Formalität, einen Verwalter ad actum zu bestellen, da dieser ja auch nichts anderes erklären könnte, als das, was dem übereinstimmenden Wunsche aller Personen, deren Interesse er wahrzunehmen hat, entsprechend ist. Bei der Zwangsverwaltung ist es anders; die Verlegung des Betriebsortes ist eine über den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens hinausgehende Verwaltungsmaßregel, zu der das Exekutionsgericht gemäß § 112 EO. die Zustimmung zu erteilen hat (vgl. vorige Note).

[45]) Ob es hiezu einer Genehmigung des Exekutionsgerichtes bedarf, richtet sich nach den für die Zwangsverwaltung geltenden Vorschriften.

[46]) So auch R. Pollak a. a. O., S. 80.

[47]) Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, gibt es keine Klage gegen den Pächter auf Zahlung des Pachtzinses (R. Pollak a. a. O.).

Digitized by Google

Tatsachen abhängig ist, z. B. wenn der Pächter seine Zahlungspflicht unter Hinweis auf § 1104 ABGB.[48]) bestreitet. Über streitige Tatfragen kann im offiziosen Verfahren, zumal wenn es sich um die Rechte einer nicht im Exekutionsnexus stehenden Person handelt, nicht entschieden werden. Es bleibt hier nichts übrig, als der oben vorgeschlagene Ausweg, einen Verwalter ad actum zu bestellen, der den Anspruch auf den Pachtzins im Prozesse gegen den Pächter in derselben Weise geltend macht, wie der Verwalter bei einer gemäß § 111 EO. im Zuge einer Zwangsverwaltung vorgenommenen Verpachtung.[49])

Die Rechte des Pächters sind bei einer Zwangsverpachtung keine größeren als bei einer vertragsmäßigen Verpachtung. Betreibt der Verpflichtete das Unternehmen in gemieteten oder gepachteten Räumlichkeiten, so ist eine zwischen dem Eigentümer dieser Räume und dem Verpflichteten im Sinne des § 1098 ABGB. getroffene Vereinbarung, daß die Afterbestandnahme oder Zession der Bestandrechte ausgeschlossen ist, gegen jeden Pächter des Unternehmens wirksam. Die von R. Pollak (a. a. O., S. 78) vertretene Ansicht, daß die gerichtlich festgestellten Pachtbedingungen trotz Vorliegens einer solchen Vereinbarung wirksam vorschreiben können, daß der Eigentümer der Räumlichkeiten, in denen das verpachtete Unternehmen betrieben wird, den Pächter als Afterbestandnehmer behandeln muß, entbehrt jeder Begründung. Von einer Kollision zwischen Privatrecht und öffentlichem Interesse, auf die Pollak hinweist, ist keine Rede. Das Recht des betreibenden Gläubigers auf Befriedigung ist geradeso ein Privat-

---

[48]) Die grundsätzliche Anwendbarkeit der Bestimmung des § 1104 ABGB., daß kein Bestandzins zu entrichten ist, „wenn eine in Bestand genommene Sache wegen außerordentlicher Zufälle . . . gar nicht gebraucht oder benützt werden kann," auf die Verpachtung und Zwangsverpachtung eines Unternehmens wird von R. Pollak (a. a. O., S. 78) mit Recht behauptet.

[49]) Schubert-Soldern, S. 413 lehrt uns zwar ganz allgemein — auch für die Fälle bei denen die Voraussetzungen für das in § 278 EO. normierte Verfahren vorliegen — daß bei Säumigkeit des Pächters in der Zinszahlung der betreibende Gläubiger Pfändung und Überweisung des dem Verpflichteten zustehenden Anspruches auf die fällige Pachtzinsrate beantragen und sohin die überwiesene Forderung gegen den Pächter geltend machen könne. Wer soll aber bei dieser Überweisung, die sich in dem Regelfalle, daß mehrere betreibende Gläubiger die Exekution mittels Zwangsverpachtung führen, nicht sehr einfach gestalten dürfte die Rechte des Verpflichteten geltend machen? Der Verpflichtete, wenn er auch Subjekt des Anspruches auf die Pachtzinsrate ist, ist bezüglich dieses Anspruches weder dispositions- noch prozeßfähig. Man mußte in der Regel zwei Kuratoren bestellen, einen Einziehungskurator (gemäß § 314 EO.) und einen Kurator für den Verpflichteten. Kein sehr praktischer Ausweg!

Digitized by Google

recht, wie das Recht des Eigentümers des Betriebslokales auf Einhaltung der über dieses geschlossenen Bestandverträge.

Das Recht der Gewerbebehörde, nach seinem Ermessen zu entscheiden, ob sie die Verpachtung des Gewerbes oder die Person des Pächters genehmigt, erleidet, wo es gesetzlich begründet ist,[50]) keine Ausnahme für den Fall der Zwangsverpachtung. Dies folgt schon aus der allgemeinen Fassung des § 341, Abs. 4 EO. „. . . insoferne für die Verpachtung die Genehmigung der Verwaltungsbehörde vorgeschrieben ist". Die Ansicht R. Pollaks (a. a. O., S. 67),[51]) daß die Bewilligung der Verpachtung durch das Gericht der Entscheidung der Gewerbebehörde, ob gerade die Verpachtung dieses Gewerbes zulässig ist, keinen Raum übrig läßt, ist unbegründet. Es handelt sich ja nicht um die Genehmigung eines vom Inhaber eines Gewerbes abgeschlossenen Pachtvertrages, sondern um die Entscheidung der Frage, ob die Ausübung eines bestimmten Gewerbes durch eine andere Person als den Inhaber den öffentlichen Interessen entspricht oder nicht. Für die von der Verwaltungsbehörde wahrzunehmenden öffentlichen Interessen ist es aber doch gleichgültig, ob das Pachtverhältnis durch einen Vertrag oder eine gerichtliche Verfügung entsteht.

Wo übrigens die Gewerbebehörde über die Zulässigkeit der Verpachtung eines Gewerbes zu entscheiden hat, betrifft die Entscheidung die Zulässigkeit der Verpachtung der Konzession und nicht die des Unternehmens, die privatrechtliche Frage, ob jemand mit einer ihm verliehenen Konzession, kraft der er gegenüber der Gewerbebehörde als Gewerbeinhaber gilt, ein eigenes oder ein verpachtetes Unternehmen betreibt, kümmert die Gewerbebehörde nicht. Begrifflich möglich — freilich praktisch so gut wie undurchführbar — erscheint gleich einer vertragsmäßigen Verpachtung auch die Zwangsverpachtung eines konzessionspflichtigen Unternehmens, auf Grund der der Pächter der Gewerbebehörde gegenüber gar nicht als solcher aufzutreten, sondern für seine Person als Gewerbeinhaber die Konzession zum Betriebe des gepachteten Unternehmens zu erwerben hat.

Dagegen erfahren die Rechte des Zwangspächters gegenüber den Rechten desjenigen, der über ein Unternehmen einen privatrechtlichen Pachtvertrag abgeschlossen hat, dadurch eine wesentliche Einschränkung,

---

[50]) Die Frage, ob die Gewerbebehörde über die Verpachtung (nicht bloß über die Person des Pächters) nach freiem Ermessen bloß im Falle des § 19 GewO. (Verpachtung von Gast- und Schankgewerben) oder bei Verpachtung aller konzessionspflichtigen Gewerbe zu entscheiden hat, soll hier unerörtert bleiben.

[51]) Die auch im Erlasse des Ministeriums des Innern vom 20. April 1901, Z. 10.579 (mitgeteilt in JMVBl. 1901, Nr. 12) zum Ausdrucke gelangt.

Digitized by Google

daß der Zwangspächter den Zuschlag nicht wegen Willensmängel anfechten kann,[52]) daß ihm weder ein Anspruch auf Gewährleistung (§§ 278, 340, 341 EO.), noch ein Anspruch wegen Verletzung über die Hälfte (§ 935 ABGB. i. f.) zusteht.

Was die durch die Zwangsverpachtung geschaffene Rechtsstellung des Verpflichteten betrifft, so ist daran festzuhalten, daß diesem nur solche Verpflichtungen erwachsen, die sich als gesetzliche Folge der Tatsache des bestehenden Pachtverhältnisses darstellen. Der Verpflichtete hat nichts versprochen und das Gericht, das die Zwangsverpachtung vornimmt, kann — auch wenn man die Konstruktion akzeptiert, daß im Namen des Verpflichteten ein Pachtvertrag abgeschlossen wird — dem Verpflichteten keine Verpflichtung zu einer Leistung oder Unterlassung auferlegen, es kann bloß über das Exekutionsobjekt verfügen. Daher gewinnt der bereits erwähnte Rechtssatz, daß der Verpächter zur Konkurrenzenthaltung ohne besondere Vereinbarung nicht verpflichtet ist, für den Fall der Zwangsverpachtung noch eine erhöhte Bedeutung. Manchmal wird nämlich bei Veräußerung oder Verpachtung eines Unternehmens eine Verpflichtung des Veräußerers oder Verpflichters zur Konkurrenzenthaltung auf Grund einer entsprechenden stillschweigenden Vereinbarung angenommen.[53]) Die Supposition einer stillschweigenden Willenserklärung — die überhaupt in den meisten Fällen, in denen, um den Eintritt einer bestimmten gewünschten Rechtslage zu begründen, zu diesem Konstruktionsbehelf gegriffen wird, auf eine bloße Fiktion hinausläuft — ist hier unzulässig; denn der Verpflichtete hat überhaupt nichts erklärt und ein Dritter konnte für ihn weder ausdrücklich noch stillschweigend eine Verpflichtung zu einer Handlung und Unterlassung eingehen. Der Verpflichtete ist auch nicht gehalten, Handlungen vorzunehmen, die geeignet sind, dem Pächter die vorhandene Organisation der Produktionsmittel und Absatzgelegenheit zugänglich zu machen; er braucht den Pächter nicht seinem Personal vorzustellen, seinen Kunden zu empfehlen usw. Der Verpflichtete ist lediglich gehalten, dem Pächter die erforderlichen Auskünfte über das Unternehmen (Stand der Handelsbücher, Geschäftsbeziehungen usw.) zu erteilen.[54])

---

[52]) R. Pollak a. a. O., S. 77. Das Anbot des Pachtlustigen ist eine Prozeßhandlung; sie muß einerseits von einer partei- und prozeßfähigen Person ausgehen, ist aber andrerseits in ihrer Wirksamkeit wie jede andere Prozeßhandlung von einer Übereinstimmung zwischen Willen und Erklärung unabhängig (vgl. R. Pollak, Zivilprozeß, S. 353ff.).

[53]) Vgl. Kohler, Lehrb. des bürgerl. R., II. S. 98, 294.

[54]) Dies ergibt die analoge Anwendung des § 306, Abs. 1 EO. (Auskunftspflicht des Verpflichteten bezüglich der überwiesenen Forderung), nicht

Digitized by Google

Der Verpflichtete hat das Recht zur Verwendung seiner Unternehmenskennzeichen, wenn sie der Pächter für seinen Betrieb in Gebrauch nimmt, verloren. Dies gilt auch von der Firma, wenn diese auf den Pächter übergeht.[55]) In dem Alleingebrauche der Unternehmenskennzeichen ist der Pächter gegen den Verpflichteten wie gegen jeden Dritten durch Art. 27 HGB., § 46, Abs. 2 GewO., § 23 MarkG., § 22 UrhG. geschützt.

Da dem Verpflichteten ein Einfluß weder auf die Auswahl der Person des Pächters, noch auf dessen Geschäftsführung zusteht, können den Verpflichteten die Folgen der vom Pächter im Gewerbebetriebe verübten strafbaren Handlungen nicht treffen.[56])

§ 11.

4. Der Fruchtgenuß an einem Unternehmen.[1])

Der Fruchtgenuß an einem Unternehmen wird in der österreichischen Gesetzgebung nicht erwähnt;[2]) trotzdem kann an seiner

---

der von R. Pollak (a. a. O., S. 86) bezogene § 77 KO.; dagegen auch Schubert-Soldern, S. 435, N. 45.

[55]) Die Frage, ob die verschiedenen Unternehmenskennzeichen bei einer Zwangsverpachtung auf den Pächter übergehen, ist — deren Übergang bei einer Verpachtung überhaupt vorausgesetzt — nach den gleichen Gesichtspunkten zu entscheiden, wie die Frage, ob diese Kennzeichen auf den Erwerber eines im Konkurse veräußerten Unternehmens übergehen (vgl. daher § 12). Die Bemerkung R. Pollaks (a. a. O., S. 77, Nr. 48), daß der Pächter berechtigt ist, die handelsgerichtlich registrierte Firma des Verpflichteten zu führen, ist in dieser allgemeinen Fassung gewiß nicht richtig.

[56]) Dies kann angesichts des durch § 137 der Gew.-Nov. vom 5. Februar 1907 ersetzten § 139 GewO. nur bei Anwendung des § 5, Abs. 2 PreßG. praktisch werden (vgl. oben N. 25). Dagegen treffen den Verpflichteten die Nachteile, die lediglich die objektive Folge gewisser im Gewerbebetriebe begangener Handlungen und Unterlassungen sind; z. B. treffen den Verpflichteten auch die Folgen der vom Pächter verletzten, bei manchen Gewerben bestehenden Betriebspflicht (vgl. R. Pollak a. a. O., S. 87).

[1]) Jacusiel, Nutzungsrechte am Handelsgeschäft (Berlin, 1906), Hanausek, Die Lehre vom ureigentlichen Nießbrauch nach gemeinem Recht (1879); Kohler, Der Dispositionsnießbrauch, Iherings J., 24, S. 178ff., insbes. S. 231ff.; Dernburg, Pr. Privatr.[5], I., S. 710. Erwähnt wird der Nießbrauch an einem Handels- oder Erwerbsgeschäft: bei Geller, ZBl. 8, S. 668, Endemann, Das deutsche Handelsrecht, § 20, N. 18, Völderndorff in Endemanns Handb., I., S. 190, Canstein, I., S. 210; in den Lehrbüchern des deutschen bürgerl. Rechtes gelegentlich der Erörterung des Nießbrauches an einem Vermögen (§§ 1085ff.) und des § 1655 DBGB. (Väterliche Nutznießung am Erwerbsgeschäfte eines Kindes); etwas ausführlicher behandelt: bei Behrend, S. 210, in der Literatur zum neuen DHGB. bei den Ausführungen zu § 22; vgl. auch Motive zum DBGB., III., S. 559, Sohm, ArchBürgR., 28, S. 181, Binder, Goldschmidts Z., 59, S. 19, N. 32.

[2]) § 22 DHGB. erwähnt den Nießbrauch an einem Handelsgeschäft, § 1655 DBGB. die väterliche Nutznießung an einem Erwerbsgeschäfte.

Digitized by Google

Zulässigkeit nicht gezweifelt werden, sie ergibt sich aus der Anerkennung des Unternehmens als Rechtsobjektgut[3]) und daraus, daß das Wort Sache in § 509 ABGB. im weitesten Sinne, im Sinne vom Rechtsobjekt aufzufassen ist. Der Fruchtgenuß an einem Unternehmen muß nicht identisch mit dem Fruchtgenusse am Geschäftsvermögen sein. Das Geschäftsvermögen als solches bildet überhaupt keinen Gegenstand des Fruchtgenusses; der Fruchtgenuß besteht an den einzelnen Bestandteilen des Geschäftsvermögens und ist nach deren Beschaffenheit ein eigentlicher oder uneigentlicher.[4]) Das Unternehmen selbst kann samt seinem Zubehör Gegenstand des eigentlichen Fruchtgenusses sein, denn die Organisation der Produktionsmittel und die gesicherte Absatzgelegenheit kann ohne Zerstörung ihres Wertes vom Fruchtnießer für seine gewerbliche Tätigkeit benützt werden. Der Fruchtgenuß, das dingliche Recht am Unternehmen, entsteht erst durch die Übergabe (§ 482 ABGB.); sie ist bewirkt, wenn der Fruchtnießer das Unternehmen im eigenen Namen betreibt (vgl. § 5, N. 9). Ist das Unternehmen verpachtet, soll der Fruchtnießer nicht die durch den Betrieb des Unternehmens erzielten Erträgnisse, sondern die Pachtzinse beziehen, so wird die Übergabe des Unternehmens durch Anweisung des Pächters vollzogen[5]). Von diesem Falle abgesehen, muß der Fruchtnießer das Unternehmen in seinem Namen betreiben; betreibt der Eigentümer das Unternehmen selbst oder der zum Fruchtbezuge Berechtigte in dessen Namen, so entsteht nur ein obligatorisches Verhältnis;[6]) es fehlt in beiden Fällen an der vom Gesetze geforderten Übergabe des Gegenstandes des Fruchtgenusses.[7])

[3]) Über die abweichende Ansicht von Sohm und Binder wurde bereits in § 8 gesprochen.

[4]) Behrend, S. 211, N. 21, Jacusiel a. a. O., N. 23, während Dernburg a. a. O. und Hanausek (a. a. O., S. 154) den Nießbrauch an einem Gechäfte (gemeint ist Geschäftsvermögen) stets als ureigentlichen Nießbrauch ansehen.

[5]) Vgl. Krainz-Ehrenzweig, § 406, N. 11.

[6]) Das Hanausek a. a. O. mit Recht dem Verhältnisse zwischen Komplementär und stillem Gesellschafter vergleicht. Ob das Vermächtnis des Fruchtgenusses an einem Unternehmen die Bedeutung hat, daß der Erbe das Unternehmen betreiben und dem Legatar den jährlichen Reingewinn auszufolgen hat oder ob der Legatar als wirklicher Fruchtnießer das Unternehmen betreiben soll, ist Auslegungsfrage. Ist der Wille des Erblassers in dem letzterwähnten Sinne auszulegen, so hat der Legatar, wenn er das Vermächtnis annimmt und die Früchte beziehen will, nicht bloß das Recht, sondern auch die Pflicht, das Unternehmen zu betreiben. Die persönliche Unfähigkeit hiezu kann ihn von dieser Pflicht mit Rücksicht auf die Möglichkeit des Betriebes durch einen Stellvertreter nicht befreien.

[7]) Eine Ausnahme besteht bloß bezüglich der in ein öffentliches Register eingetragenen Bergbau- und Eisenbahnunternehmungen; an letzteren wird ein Fruchtgenießrecht wohl kaum praktisch werden.

Digitized by Google

Was die aus dem Betriebe des Unternehmens entstehenden Rechtsverhältnisse betrifft, so gilt, bis auf eine Ausnahme, dasjenige, was vom Pächter gesagt wurde. Der Fruchtnießer ist Unternehmer, er wird aus den im Betriebe des Unternehmens geschlossenen Geschäften berechtigt und verpflichtet, er wird, wenn der Betrieb des Unternehmens die Kaufmannseigenschaft begründet, Kaufmann und wird auch als solcher ins Register eingetragen.[8]) Der Fruchtnießer darf allerdings die Firma des Eigentümers nur mit dessen Einwilligung gebrauchen, ist aber bei erteilter Einwilligung wie der Pächter zum Gebrauche nicht bloß befugt, sondern auch verpflichtet. Die erwähnte Ausnahme besteht in folgendem: Die publizistischen an den Betrieb eines Unternehmens geknüpften Rechte und Pflichten kommen lediglich dem Fruchtnießer zu und obliegen bloß ihm. Insbesondere ist eine Haftung des Eigentümers für die vom Fruchtnießer zu entrichtenden Erwerbsteuern nicht ausgesprochen. Ist das mit dem Fruchtgenusse belastete Unternehmen ein konzessionspflichtiges, so muß der Fruchtnießer für seine Person die erforderliche Konzession erwerben. Der Gewerbebehörde gegenüber kann als Inhaber des Gewerbes immer nur der Fruchtnießer erscheinen.

Der Fruchtnießer hat an dem von ihm betriebenen Unternehmen ein dingliches Recht; hiedurch unterscheidet sich seine Stellung von der des Pächters.[9]) Der an einem Unternehmen bestehende Fruchtgenuß macht eine Exekution gegen den Eigentümer des Unternehmens mittels Zwangsverwaltung oder Zwangsverpachtung des Unternehmens unzulässig. Dagegen hindert der obligatorische Anspruch (z. B. der Anspruch des Legatars) gegen den Erben auf Einräumung des Fruchtgenusses nicht die Exekution mittels Zwangsverwaltung und Zwangsverpachtung gegen den zur Bestellung des Fruchtgenusses verpflichteten

[8]) Nicht entgegen A. C. 1876: Die Witwe, der die begehrte Eintragung als Inhaberin des zum Nachlasse ihres Gatten gehörenden Handelsgeschäftes, dessen Nutznießung ihr zustand, verweigert wurde, hat dieses Geschäft nicht im eigenen Namen, sondern im Namen ihrer erbberechtigten Kinder betrieben.

[9]) Nach außen erzeugt die Verpachtung eines Unternehmens und die Bestellung eines Nießbrauches an einem solchen den gleichen Tatbestand. Für die Frage, ob Pacht oder Nießbrauch vorliegt, ist also bloß der Wille der Parteien maßgebend, nicht etwa unbedingt der von den Parteien gebrauchte Ausdruck. Die Übergabe eines Unternehmens durch den mit dem Vermächtnisse des Nießbrauches belasteten Erben an den Legatar begründet zu Gunsten des Legatars das dingliche Recht des Fruchtgenusses. Überläßt die Ehefrau ihr als Heiratsgut bestelltes Unternehmen dem Ehegatten zum Betriebe im eigenen Namen, wird dieser Fruchtnießer. Die vertragsmäßige Überlassung eines Unternehmens zum eigenen Betriebe gegen Zahlung eines festen Zinses begründet immer nur ein Pachtverhältnis.

Digitized by Google

Eigentümer. Der bestellte Verwalter braucht sich um die Verpflichtung zur Einräumung des Fruchtgenusses nicht zu kümmern. Der bloß von Pachtverträgen handelnde § 111 EO. ist hier nicht analog anwendbar, denn es fehlt an der Möglichkeit der Kündigung und an dem ein Äquivalent für die der Verwaltungsmasse entzogenen Früchte darstellenden Pachtzinse. Durch den Konkurs des Eigentümers wird das Recht des Fruchtnießers nicht berührt. Das Recht der Masse, das Unternehmen auf ihre Rechnung fortzuführen, entfällt; eine Veräußerung des mit dem Fruchtgenusse belasteten Unternehmens (§ 148 b KO.) ist zwar möglich; jedoch wirkt das Fruchtgenußrecht auch gegen den Erwerber; dies folgt aus §§ 32 und 38, Abs. 2 KO.[10])

Daraus, daß der Fruchtnießer nur ein fremdes Unternehmen betreibt, folgt, daß im Falle einer gegen ihn geführten Exekution oder eines über ihn verhängten Konkurses Gegenstand der Exekution und des Konkursbeschlages nur sein Fruchtgenußrecht am Unternehmen, aber nicht das Unternehmen selbst sein kann.[11])

Die Konkursmasse des Fruchtnießers kann daher das Unternehmen nicht veräußern, wohl aber auf ihre Rechnung fortführen. Will sie dies nicht tun, so kann der Eigentümer die Rechte aus § 520 ABGB. geltend machen; da das Ruhen des Betriebes stets die Gefahr der Vernichtung des Unternehmens mit sich bringt.

Der Fruchtnießer hat das Recht auf den vollen Bruttoertrag[12]) des von ihm betriebenen Unternehmens. Forderungen, die im Betriebe des Unternehmens entstanden sind und sich als dessen Früchte darstellen — bei allen Forderungen ist dies nicht der Fall[13]) — gebühren dem Frucht-

---

[10]) § 38, Abs. 2 KO., der von dem Verkaufe eines in die Konkursmasse gehörenden beweglichen Gutes handelt, zitiert zwar nur die §§ 33 bis 37, also nicht den § 32, der vorschreibt, daß die auf Liegenschaften haftenden Dienstbarkeiten im Falle des Verkaufes der belasteten Sache aufrecht bleiben; dies beruht jedoch bloß auf einem Redaktionsfehler (vgl. Kaserer, Kommentar, S. 83). Was die Konkursordnung für unbewegliche und bewegliche Sachen hier vorschreibt, muß aber auf jeden Gegenstand angewendet werden, der fähig ist, mit einer Dienstbarkeit belastet zu werden.

[11]) Dieser Satz leidet auch im Konkurse eines registrierten Kaufmannes, dessen Ehepakten nicht ins Handelsregister eingetragen wurden, keine Ausnahme. Das der Ehefrau an dem als Heiratsgut bestellten Unternehmen zustehende Eigentumsrecht wird durch den Konkurs nicht berührt. § 16 EinfG. zum HGB. findet hier keine Anwendung. (Vgl. D. Ullmann, Die Stellung der Ehegattin im Konkurse, Grünhuts Z., 4., S. 113.)

[12]) Dernburg a. a. O.

[13]) Vgl. § 13 bei N. 18. Es besteht an den unter den Begriff der Früchte fallenden Geschäftsforderungen nicht etwa bloß ein uneigentlicher Nießbrauch.

Digitized by Google

nießer, wenn sie nach Begründung des Fruchtgenußrechtes fällig werden; der Fruchtnießer ist nicht verpflichtet, dem Eigentümer Ersatz für die von ihm bereits bewirkte Gegenleistung (z. B. die im voraus gelieferte Ware) zu leisten.[14]) Diese Forderungen sind mit dem Zeitpunkte der Entstehung des Fruchtgenußrechtes in das Vermögen des Fruchtnießers übergegangen, sie können von diesem Zeitpunkte an vom Eigentümer weder gültig zediert, noch gegen ihn gepfändet werden; der Schuldner kann allerdings mit befreiender Wirkung an seinen ursprünglichen Gläubiger, den Eigentümer, so lange gültig zahlen, bis er von dem Forderungsübergange Kenntnis erhalten hat.[15]) Die nach beendeter Fruchtnießung fällig werdenden Geschäftsforderungen, die unter den Begriff der Früchte des Unternehmens fallen, gebühren dem Eigentümer, jedoch hat dieser dem Fruchtnießer einen entsprechenden Teil der Betriebsauslagen zu ersetzen.

Der Fruchtnießer wird nicht Eigentümer des Unternehmenszubehörs (Maschinen, Geräte usw.). Er ist bloß berechtigt und verpflichtet, unbrauchbare und infolge technischer Neuerungen veraltete Zubehörstücke durch neue zu ersetzen. Das Eigentumsrecht an dem Ersatzstücke steht nicht dem Fruchtnießer, sondern dem Eigentümer zu.[16]) Das Gleiche gilt aber auch bezüglich der zum Verkaufe bestimmten Waren, soweit ihnen die Eigenschaft des Unternehmenszubehörs zukommt (vgl. § 6 bei N. 23). Der Fruchtnießer erwirbt an ihnen keinen Quasiususfruktus, daher auch kein Eigentum,[17]) obzwar es sich im Sinne des ABGB. um verbrauchbare Sachen handelt, denn nicht

---

[14]) § 519 ABGB. ist auf den Antritt der Fruchtnießung nicht anwendbar. (Vgl. Schubert-Soldern, S. 405, N. 6; Krainz-Ehrenzweig, § 352, N. 7.)

[15]) Vgl. § 1395 ABGB., § 110 EO.; die bloße Kenntnis des Schuldners, daß ein anderer das Geschäft, in dessen Betrieb die Forderung entstanden ist, betreibt, genügt nicht, da mit dem Übergange des Geschäftes nicht notwendigerweise ein Übergang der Geschäftsforderungen verbunden ist.

[16]) Dies folgt aus § 513 ABGB. Es tritt das von Kohler mit dem Ausdrucke „Dispositionsnießbrauch" bezeichnete Rechtsverhältnis ein (vgl. Jacusiel a. a. O., S. 43, § 1048 DBGB.).

[17]) Die in der Literatur vertretene Ansicht, daß der Fruchtnießer eines Handelsgeschäftes Eigentum an den zum Verkaufe bestimmten Waren erlange (Staub, Anm. 17 zu § 22, Jacusiel, S. 39) beruht auf der Annahme, daß Gegenstand des Fruchtgenusses die einzelnen Bestandteile des keine rechtliche Einheit darstellenden Handelsvermögens seien. Kohler a. a. O., der von der gleichen Grundanschauung ausgeht, nimmt an den Waren, „die sich ständig erneuern, welche sich nach einem Jahre oder noch kürzerer Periode umzusetzen pflegen" (Viktualien, Modeartikel) Quasiususfruktus, bei Gemäldesammlungen, Raritäten etc. bloßen Dispositionsnießbrauch an. Die Grenze ist wohl zu flüssig, um der Praxis eine Handhabe bieten zu können.

Digitized by Google

die Waren sind Gegenstand des Nießbrauches, sondern das Unternehmen.[18])

Nur kraft seines Fruchtgenußrechtes am Unternehmen hat der Fruchtnießer das Recht und die Pflicht, die Waren in dem Umfange, in dem es der ordnungsmäßige Betrieb des Unternehmens erfordert, zu veräußern. Die vom Fruchtnießer neu angeschafften Waren erhalten so wie die von ihm neu angeschafften Maschinen und Geräte die Zubehörseigenschaft.[19]) Der Eigentümer des mit dem Fruchtgenusse belasteten Unternehmens kann daher einer gegen den Fruchtnießer auf Zubehörstücke dieses Unternehmens geführten Exekution widersprechen. Dieses Ergebnis ist freilich für die Geschäftsgläubiger des Fruchtnießers, die ihm auch unter den Begriff des Unternehmenszubehörs fallende Waren auf Kredit geliefert haben, nicht günstig; aber ihnen bleibt ja die Möglichkeit, die ihre wirkliche Kreditbasis bildende Forderung auf den Erlös der weiterveräußerten Waren in Exekution zu ziehen oder die geschäftliche Weiterveräußerung der angeschafften Waren im Wege einer Zwangsverwaltung des Fruchtgenußrechtes zu bewirken; viel erheblicher scheinen die Interessen des Eigentümers des Unternehmens gefährdet, wenn es jedem Gläubiger des Fruchtnießers gestattet wäre, durch Exekution auf alle vorhandenen Warenvorräte den Betrieb des Unternehmens zum Stillstande zu bringen und so das Unternehmen, also ein dem Verpflichteten gar nicht gehörendes Vermögensobjekt, zu vernichten.

Ein Fruchtgenuß an einem Unternehmen kann entstehen, wenn sich im Nachlasse des verstorbenen Ehegatten ein Unternehmen befindet und das konkurrierende Erbrecht des überlebenden Ehegatten (§ 757 ABGB.) wirksam wird. Nach der in der Praxis und heute auch in der Literatur herrschenden Ansicht ist das dem überlebenden Ehegatten gewährte Recht ein wirkliches Fruchtgenußrecht, das dem Berechtigten an allen Nachlaßobjekten in natura zu der entsprechenden

---

[18]) Kohler a. a. O., S. 291, wendet gegen die Konstruktion, nach der die Befugnis und Verpflichtung des Nießbrauches einer Gesamtsache zur Abstoßung und Ergänzung einzelner Stücke auf den Nießbrauch an der Gesamtsache als solcher zurückgeführt wird, ein, daß die Gesamtsache als solche kein mögliches Objekt des Nießbrauches bildet. Dieser Einwand ist grundsätzlich berechtigt (vgl. Krainz-Ehrenzweig, I., S. 272). Das Unternehmen bildet aber keine Gesamtsache, sondern innerhalb der durch das Geschäftsvermögen dargestellten universitas ein selbständiges, der Veräußerung und der sich auch auf das Unternehmenszubehör erstreckenden dinglichen Belastung fähiges Rechtsobjekt.

[19]) Über die Begründung der Pertinenzqualität durch Illationen des Fruchtnießers vgl. Kohler, Pertinenzen, Iherings J., 26, S. 75.

Digitized by Google

Quote zusteht.[20]) Der überlebende Ehegatte hat also das Recht, zum Mitbetriebe des Unternehmens zugelassen zu werden; er ist nicht gehalten, sich mit der entsprechenden Quote des Reinertrages des von den Kindern betriebenen Unternehmens zu begnügen.[21]) Andrerseits können aber auch die Kinder verlangen, daß der Ehegatte das Unternehmen mitbetreibt.[22]) Dem Rechte auf den Anteil am Ertrage entspricht die Pflicht zur verhältnismäßigen Mitarbeit. Der gemeinsame Betrieb des Unternehmens durch die Kinder und den überlebenden Ehegatten erzeugt eine Gesellschaft, und wenn die Voraussetzungen des Art. 85 vorliegen, eine offene Handelsgesellschaft. Wird das Unternehmen aufgegeben,[23]) so entsteht an der entsprechenden Quote des Liquidationserlöses zu Gunsten des Ehegatten ein uneigentlicher Nießbrauch. Macht der überlebende Ehegatte auf Gewährung des Fruchtgenusses in natura keinen Gebrauch und überläßt den Kindern mit deren Einverständnis den Betrieb des Unternehmens gegen Zahlung eines Teiles des Reinertrages, so liegt hierin ein Verzicht auf das gesetzliche Fruchtgenußrecht und es tritt an dessen Stelle ein bloß obligatorischer Anspruch gegen die das Unternehmen betreibenden Erben, der gegen dritte Erwerber des Unternehmens, auch wenn ihnen das Verhältnis bekannt ist, nicht geltend gemacht werden kann. Von dem Erlöse des veräußerten Unternehmens gebührt dem Ehegatten im Zweifel ein seinem Erbteile entsprechender Teil des ursprünglichen (zur Zeit des Todes bestehenden) Wertes des Unternehmens zum uneigentlichen Fruchtgenuß.[24])

---

[20]) Vgl. Krainz-Ehrenzweig, § 489; dort auch weitere Literatur und Mitteilung abweichender Ansichten.

[21]) Krainz-Ehrenzweig a. a. O.; Stubenrauch zu § 757; Schiffner, Die sogenannt. gesetzl. Vermächtnisse, S. 80; a. M. Unger, Erbrecht, § 35, N. 12.

[22]) Darüber, daß durch § 56 GewO. die Regeln des zivilen Erbrechtes keine Änderungen erfahren haben, vgl. oben § 9.

[23]) Die Befugnis, durch Kündigung die Auflösung der Gesellschaft zu bewirken, wird dadurch, daß der Ehegatte kraft seines Fruchtgenußrechtes am erblasserischen Unternehmen Gesellschafter ist, nicht berührt, da niemand wider Willen zur Fortsetzung des Betriebes gezwungen werden kann.

[24]) Der bei Veräußerung des Unternehmens erzielte Gewinn gehört nicht zu dem Gewinn aus dem Geschäftsbetriebe (Kammergericht Berlin, DJZ., 1901, S. 50); die durch die Intensität des Betriebes bewirkte objektive Werterhöhung des Unternehmens kommt demjenigen zu Gute, der die betreffende Arbeit geleistet hat. Die Frage, ob das Verhältnis zwischen den das Handelsgeschäft des Erblassers fortsetzenden Kindern und dem zum Gewinnbezuge berechtigten Ehegatten als stille Gesellschaft und der Verzicht auf das gesetzliche Fruchtgenußrecht als Einlage aufzufassen ist, entbehrt der praktischen Bedeutung, da die Anwendbarkeit der Art. 258, 259, 261 HGB. jedenfalls ausgeschlossen ist und die des Art. 253 (Kontrollrechte der stillen Gesellschafter) sich schon aus allgemeinen Grundsätzen ergibt.

Digitized by Google

§ 12.

5. Das Unternehmen als Aktivum in der Konkursmasse.

Die Einbeziehung des Unternehmens in die Konkursmasse des Unternehmers ist nur eine Konsequenz daraus, daß die Rechtsordnung überhaupt das im Unternehmen bestehende, des Verkehres tatsächlich fähige Vermögensobjekt als Rechtsobjekt anerkennt. Das Gesetz gewährt den Konkursgläubigern die Wahl, die Befriedigung aus dem Veräußerungserlöse des Unternehmens des Kridatars oder aus dessen Erträgnissen zu suchen. Letztere wird im Wege der Fortführung des Unternehmens auf Rechnung der Konkursmasse (§ 142 KO., § 56, Abs. 6 GewO., § 9, Abs. 2 MarkG.) erreicht.[1]) Binder (I., S. 35) erblickt in den entsprechenden Bestimmungen der §§ 117, 129, 130 DKO. mit Recht den Beweis, daß das Geschäft (im Gegensatze zum Geschäftsvermögen) dem Konkursbeschlage unterliegt. Binder, der — wie bereits mehrfach erwähnt — in Abrede stellt, daß das Geschäft ein Vermögens- oder Rechtsobjekt sei, will den von seinem Standpunkte aus bestehenden Widerspruch zwischen den angeführten Bestimmungen der Konkursordnung und der allgemeinen Bestimmung des § 1 DKO., nach der der Konkurs bloß das der Exekution unterworfene Vermögen umfaßt, dadurch lösen, daß er die Bestimmungen über die Einbeziehung des Handelsgeschäftes in die Konkursmasse auf eine Reminiszenz an das alte Konkursrecht zurückführt, das den Konkursbeschlag auch über das zur Zeit der Konkurseröffnung bereits vorhandene Vermögen hinaus ausdehnt; eine einfachere und natürlichere Erklärung des Verhältnisses der angeführten Bestimmungen der Konkursordnung zu dem in § 1 ausgesprochenen allgemeinen Grundsatze bietet wohl die Annahme, daß die Konkursordnung anerkennt, daß das Geschäft als solches auch zum Vermögen des Kridatars gehört und hieraus die entsprechende Konsequenz zieht.[2])

---

[1]) Eine ähnliche Bestimmung enthielt schon die pr. KO. vom Jahre 1855 (§ 144). Die österr. Fallitenordnung vom 10. Oktober 1743 erwähnt bereits die Fortsetzung der Handlung und deren Verkauf durch die Konkursgläubiger.

[2]) Nach österr. Recht, und zwar schon nach der zur Zeit der Erlassung der Konkursordnung geübten Praxis gehört das Unternehmen des Gemeinschuldners zu seinem der Exekution unterworfenen Vermögen. Das deutsche Recht kennt freilich keine Exekution auf das Unternehmen, ebensowenig wie das pr. Recht — dessen Konkursordnung aus dem Jahre 1855 in § 1 eine dem § 1 der österr. und deutschen Konkursordnung entsprechende Bestimmung enthält — eine solche gekannt hat. Trotzdem enthält auch die deutsche und preußische Konkursordnung keinen Widerspruch, wenn in diesen Gesetzen einerseits bloß das der Exekution unterworfene Vermögen dem Konkursbeschlage unterzogen wird, andrerseits ausgesprochen wird, daß

Digitized by Google

Auch für das österr. Recht, das die Wirkung des Konkursbeschlages auf alles Vermögen erstreckt, das dem Gemeinschuldner während des Konkurses zufällt, wäre die Konstruktion Binders nicht zutreffend. § 5 KO. entzieht in gewissem Umfange von dem Vermögen, das dem Schuldner während des Konkurses zufällt, dasjenige dem Konkursbeschlage, das er sich durch seinen Fleiß erwirbt; hiezu gehört aber auch der Erwerb, den der Gemeinschuldner durch den Betrieb seines Geschäftes erzielen würde, wenn ihm dessen Fortführung auf eigene Rechnung weiter gestattet wäre. Daß dem Gemeinschuldner diese Erwerbsmöglichkeit entzogen wird, auch wenn er hiezu keiner zur Konkursmasse gehörenden Vermögensbestandteile bedarf, zeigt eben deutlich, daß die Konkursordnung mit der in Rede stehenden Bestimmung nicht das dem Schuldner aus dem Geschäftsbetriebe fließende Einkommen, sondern die in dem Geschäfte bestehende, ein selbständiges Vermögensobjekt bildende Einkommensquelle in die Konkursmasse einbeziehen will.

Die Möglichkeit der Verwertung des Unternehmens des Gemeinschuldners durch Veräußerung wird in § 148 KO. vorausgesetzt, nicht ausgesprochen.[3]) § 148 lit. b spricht zwar nur von der Abtretung von industriellen oder Handelsunternehmungen, bezieht sich aber auf

---

sich der Konkursbeschlag auch auf das Handelsgeschäft ausdehne. Wenn nämlich die verschiedenen Konkursordnungen die Wirkungen des Konkurses auf das der Exekution unterworfene Vermögen des Gemeinschuldners einschränken, so soll hiemit bloß die Absicht verwirklicht werden, dem Schuldner im Konkurse die Verfügung über jene Vermögensstücke zu belassen, die durch die positiven, dem Schutze des Existenzminimums, des Erwerbes usw. dienenden Bestimmungen auch der Einzelexekution entzogen sind. (Vgl. Koch, Die preuß. Konkursordnung mit Komm., S. 24, N. 1; G. Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsgesetzen, 4., S. 48.) Dagegen konnte mit den erwähnten Beschränkungen gewiß nicht beabsichtigt sein, ein Vermögensobjekt deshalb dem Konkursbeschlage zu entziehen, weil nach der betreffenden Gesetzgebung die Einzelexekution auf dieses Vermögensobjekt mangels Anwendbarkeit der in den Gesetzen über das Exekutionsverfahren genannten Exekutionsmittel nicht durchführbar ist. Über die weite Fassung der §§ 1 der österr. und deutschen Konkursordnung, die über diese ratio legis hinausgeht, vgl. R. Pollak, Konkursrecht, S. 297. — Schultzenstein (Z. für deutsche Zivilpr., 33., S. 468) will den scheinbaren Widerspruch zwischen § 1 und §§ 129, 130 DKO. durch den Hinweis erklären, daß Gewerberecht und gewerbliche Anlagen zu dem der Exekution unterworfenen Vermögen gehören; aber es handelt sich nicht um diese Vermögensobjekte, sondern um das von ihnen verschiedene Geschäft (Unternehmen).

[3]) Die weiteren in § 148 lit. b KO. hervorgehobenen Umstände, daß die Abtretung „mit Last und Vorteil“ oder unter Bedingungen, die die Haftung der Masse oder den Umfang ihrer Ansprüche wesentlich ändern, erfolgt sei, sind nicht Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Abtretung,

Digitized by Google

jedes Unternehmen, z. B. Theater- und Zeitungsunternehmen.[4]) Die Worte des Gesetzes „oder woran der Gemeinschuldner unter persönlicher Haftung beteiligt ist", lassen erkennen, daß § 148 lit. b nicht nur an die Veräußerung des Geschäftsvermögens als Ganzes, sondern an die Veräußerung des Unternehmens denkt.

Da dem Konkursbeschlage nur das der Exekution unterworfene, d. h. das nicht durch besondere Bestimmungen der Exekution entzogene Vermögen unterliegt (§ 1 KO., Art. XII EinfG. zur Exekutionsordnung, vgl. N. 2), so können die Unternehmungen des Gemeinschuldners weder auf Rechnung der Konkursmasse fortgeführt, noch von ihr veräußert werden, die gemäß § 341, Abs. 1 EO. der Exekution durch Zwangsverwaltung oder Zwangsverpachtung entzogen sind.

Im Folgenden sollen die sich aus der Fortführung des Unternehmens des Gemeinschuldners durch die Konkursmasse und aus der Veräußerung im Konkurse sich ergebenden Rechtsverhältnisse betrachtet werden.

a) Bei Fortführung des Unternehmens auf Rechnung der Konkursmasse.[5]) Der Kridatar bleibt Subjekt des in die Konkursmasse fallenden Unternehmens[6]) sowie der öffentlichrechtlichen Befugnis zum Gewerbebetriebe (§ 56, Abs. 6 GewO., § 15, Abs. 6 ApothekenG.). Besitzt der Masseverwalter die zum Gewerbebetriebe erforderlichen Eigenschaften nicht, so muß ein geeigneter Stellvertreter bestellt werden.[7]) Ob den Masseverwalter die den gewerblichen

---

sondern bloß Voraussetzungen für die Notwendigkeit der im § 148 lit. b vorgesehenen besonderen Zustimmung (a. M. anscheinend R. Pollak, Konkursrecht, S. 334).

[4]) So auch R. Pollak a. a. O., S. 335. Dem entsprechenden § 134 DKO., der in seiner ursprünglichen Fassung als Gegenstand der Veräußerung bloß „das Geschäft des Gemeinschuldners im Ganzen" erwähnt, sind durch die Konkursnovelle vom Jahre 1898 die Worte „oder das Warenlager" beigefügt worden. Dabei scheint allerdings nicht die Auffassung obwaltet zu haben, daß unter Veräußerung des Geschäftes im Ganzen die Veräußerung des Unternehmens zu verstehen ist; man wollte vielmehr die Veräußerung des Warenlagers den gleichen Regeln unterstellen, wie die Veräußerung des gesamten Handelsvermögens einschließlich Aktiven und Passiven. (Vgl. Wilmovsky, Die Reichskonkursordnung[6], S. 379).

[5]) Vgl. über diese in der konkursrechtlichen Literatur nur wenig erörterte Materie: Schultzenstein, Über die Befugnis des Zwangsverwalters und des Konkursmasseverwalters zum Gewerbebetriebe statt des Schuldners, ZZP., 33., S. 447 ff.

[6]) Krawel bei Busch, 15., S. 260.

[7]) Dies geht aus der Bestimmung des letzten Absatzes des § 56 GewO. hervor. Hiedurch ist die von Schultzenstein (a. a. O., S. 495) erörterte Frage, wie es zu halten ist, wenn der Masseverwalter die zum Gewerbebetriebe erforderlichen persönlichen Eigenschaften nicht besitzt, für das österreichische Recht gegenstandslos.

Digitized by Google

Stellvertretern im Sinne des § 55 GewO. auferlegten Verpflichtungen treffen, hängt davon ab, ob von der Bestimmung des letzten Absatzes des § 56 GewO. Gebrauch gemacht worden ist oder nicht.[8]) Jedenfalls nimmt der Masseverwalter bezüglich des Betriebes des Unternehmens die Stellung eines gesetzlichen Vertreters des Gemeinschuldners ein.[9]) Er führt das Unternehmen im Namen des Gemeinschuldners, unter dessen Firma (vgl. § 13 bei N. 41 ff.), wenn auch auf Rechnung der Konkursgläubiger. Die aus dem Betriebe entspringenden Rechte und Pflichten sind Rechte und Pflichten des Kridatars. Nach Konkursaufhebung können die aus dem Geschäftsbetriebe entspringenden Forderungen und Verbindlichkeiten vom Kridatar und gegen ihn geltend gemacht werden. Während des Konkurses sind diese Verbindlichkeiten Masseschulden, denn sie sind aus rechtsverbindlichen Geschäften der Masseverwaltung entstanden (§ 29, Z. 2 KO.).[10])

So lange das Unternehmen von der Konkursmasse betrieben wird, bleibt der Gemeinschuldner Unternehmer in privat- und öffentlichrechtlicher Beziehung; er ist nur in seiner Disposition bezüglich des Unternehmens beschränkt;[10a]) die Fortführung des Handelsgeschäftes durch die Konkursmasse erhält dem Gemeinschuldner die Kaufmannseigenschaft, geradeso wie dem Wahnsinnigen die Fortführung seines Handelsgeschäftes durch den Kurator. Kaufmann ist ja — wie allgemein angenommen wird — derjenige, der aus dem Betriebe eines Handelsgewerbes berechtigt und verpflichtet wird, ohne Rücksicht, ob ihm der Ertrag dieses Betriebes zu Gute kommt. Mit Unrecht wird von der herrschenden Lehre in Abrede gestellt, daß die Kaufmannseigenschaft dem Kridatar dadurch erhalten wird, daß sein Geschäft auf Rechnung der Konkursmasse fortgeführt wird.[11]) Die

---

[8]) Zu einem anderen Ergebnisse kommt auf Grund der deutschen Gewerbeordnung, die eine dem § 56, Abs. 6 GewO. entsprechende Bestimmung nicht enthält, Schultzenstein; er leitet die Befugnis des Masseverwalters zur Fortführung des Gewerbes des Gemeinschuldners nur aus der Zulässigkeit der Stellvertretung im Gewerbebetriebe ab und zieht hieraus den Schluß, daß nur solche Gewerbe in die Konkursmasse fallen, bei denen eine Ausübung durch gewerbliche Stellvertreter zugelassen ist (a. a. O., S. 474).

[9]) Die Streitfrage nach der rechtlichen Stellung des Masseverwalters kann im Rahmen dieser Abhandlung nicht erörtert werden. Die von R. Pollak (a. a. O., S. 133) für das österreichische Recht ausführlich begründete Ansicht, daß der Masseverwalter — soweit es sich nicht um eine Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen handelt — Vertreter des Gemeinschuldners ist, wurde im Texte zu Grunde gelegt. Vgl. auch § 13, N. 41 ff.

[10]) Vgl. R. Pollak a. a. O., S. 122, 333.

[10a]) Vgl. Budw. F., 673.

[11]) Vgl. Staub, Anm. 25 zu § 1; Cosack, § 7, Anm. 21; Jäger, Die

Digitized by Google

Begründung, daß die Fortführung des Geschäftes durch den Masseverwalter nicht die Erhaltung der produktiven Seite des Geschäftes bezweckt, sondern nur dem Zwecke der Abwicklung dient,[12]) ist nicht richtig. Die Fortführung des Geschäftes durch den Masseverwalter ist ja gerade für den Fall vorgesehen, daß eine Beendigung des Konkurses durch Ausgleich zu erwarten ist (§ 142 KO., § 130, Abs. 2 DKO.); es soll, sobald eine Beendigung des Konkurses ohne Ausschüttung des ganzen Vermögens zu erwarten ist, dem Gemeinschuldner die produktive Seite seines Geschäftes, das Unternehmen als solches, erhalten bleiben. Mit der Annahme, daß der Kridatar, dessen Handelsgeschäft vom Masseverwalter fortgeführt wird (dadurch) nicht Kaufmann bleibt, kommt man in Widerspruch mit der Annahme, daß die Firma durch die Konkurseröffnung nicht sofort erlischt,[13]) daß der Masseverwalter das Handelsgeschäft unter der Firma des Kridatars fortzuführen hat,[14]) und daß im Konkurse das Geschäft samt Firma veräußert werden kann.[15]) Wird das Geschäft unter der Firma des Kridatars fortgeführt, so muß der Kridatar Kaufmann sein, denn nur ein Kaufmann kann eine Firma haben.[16]) Die Kaufmannseigenschaft des Kridatars und das Firmenrecht erlischt erst, wenn der Masseverwalter das Geschäft veräußert hat oder definitiv aufgehört hat, das Geschäft als Unternehmen zu betreiben, sondern bloß die einzelnen Bestandteile des Geschäftsvermögens realisiert.[17])

Konkursordnung auf Grund des neuen Reichsrechtes, § 6, Anm. 26; a. M. Lehmann, S. 69.

[12]) Vgl. Staub und Jäger a. a. O.

[13]) Vgl. Staub, Anm. 5 zu § 22.

[14]) Vgl. Jäger, § 1, Anm. 6.

[15]) Vgl. die unter N. 23 mitgeteilte Literatur, die hier nur soweit interessiert, als sie die Möglichkeit der Veräußerung des Geschäftes samt Firma im Konkurse voraussetzt.

[16]) Daß der Masseverwalter nicht selbst die Kaufmannseigenschaft durch den Betrieb des Handelsgeschäftes des Gemeinschuldners erlangt, ist heute unbestritten (vgl. Jäger a. a. O.).

[17]) Der Bestand des Geschäftsvermögens, worauf Staub (Anm. 3 zu § 31) durch seine Formulierung, daß das Firmenrecht so lange besteht, als die zur Fortführung des Geschäftes wesentlichen Vermögensstücke und Beziehungen vorhanden sind, Gewicht legt, ist für die Erhaltung des Firmenrechtes ohne Einfluß. Eine Ausnahme besteht allerdings für Handelsgesellschaften, die kraft der positiven Bestimmung des Art. 139 (§ 154 DHGB.) dem Firmenrechte während der ganzen Dauer des Liquidationsstadiums, also bis zur erfolgten Realisierung des Gesellschaftsvermögens unterstehen, trotzdem die Liquidationsgesellschaft nur so lange Kaufmann ist, als sie das Handelsgewerbe betreibt (vgl. Staub, Anm. 25 zu § 1). Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf Einzelkaufleute ist ausgeschlossen, da das Gesetz trotz des Wortlautes des § 192 KO. kein (juristisch relevantes) Stadium der Liqui-

Digitized by Google

Ist durch die erwähnten Handlungen des Masseverwalters das Firmenrecht des Kridatars erloschen[18]) und steht diese Tatsache fest, so ist der Kridatar berechtigt und verpflichtet, die Löschung der Firma zum Handelsregister anzumelden; die erloschene Firma gehört ja nicht mehr zu dem in die Konkursmasse fallenden Vermögen.[19]) Es liegt gar kein Grund zu einer Vertretung des Gemeinschuldners in der Bewirkung der Anmeldung durch den Masseverwalter vor. Eigenmächtig, ohne daß die bereits erfolgte Erlöschung des Firmenrechts feststeht, kann der Kridatar seine Firma nicht löschen lassen, da es für den Registerrichter offenbar ist, daß der Kridatar durch seine eigenen Handlungen und Unterlassungen gar nicht den tatsächlichen Zustand herbeiführen kann, den die Eintragung der Erlöschung der Firma zum Ausdrucke bringen soll.

b) Die Veräußerung des Unternehmens des Kridatars durch den Masseverwalter hat in der Literatur und Judikatur wiederholt zur Erörterung der Frage geführt, ob und unter welchen Voraussetzungen dem Erwerber das Recht zum Gebrauche der verschiedenen vom Kridatar gebrauchten Unternehmenskennzeichen zusteht. Bezüglich der Etablissementsbezeichnung und — mit einer unten zu erwähnenden Ausnahme — auch bezüglich des Zeitungstitels ist die Frage unbedingt zu bejahen.[20]) Der Kridatar hat das Recht an diesen Bezeichnungen dadurch verloren, weil er die Erwerbstätigkeit, bei deren Ausübung er diese Bezeichnungen verwendet hat, nicht mehr ausüben kann. Der Erwerber des Unternehmens ist daher in der Wahl seiner Unternehmenskennzeichen durch kein bestehendes Privatrecht beschränkt. Die Verwendung dieser Unternehmenskennzeichen durch den Erwerber des Unternehmens bewirkt gegen den Gemeinschuldner

---

dation des Geschäftsvermögens eines Einzelkaufmannes kennt, dem ja auch rechtlich nicht die Bedeutung zukommt wie dem Gesellschaftsvermögen.

[18]) Die Fortführung dieses Handelsgewerbes durch den Kridatar ist nicht mehr möglich. Sein Wille, nach Aufhebung des Konkurses ein gleichartiges Handelsgewerbe neu zu beginnen, ist daher zur Erhaltung der Kaufmannseigenschaft nicht geeignet, ebensowenig wie der Kridatar, wenn der Masseverwalter sein Geschäft betreibt, durch den Willen, sich auch nach Aufhebung des Konkurses um sein Geschäft nicht mehr zu kümmern, die Kaufmannseigenschaft verliert. Sein Wille ist auf den Fortbestand der Kaufmannseigenschaft so wenig maßgebend, wie der Wille des Wahnsinnigen, dessen Kurator über die Führung seines Geschäftes entscheidet.

[19]) Zur Anmeldung der Löschung der Firma wurde der Masseverwalter bei AdCl. 1329, 1899 für legitimiert erachtet; ebenso B. Mayer a. a. O., S. 464 für den Fall, daß die Firma des Gemeinschuldners nicht in seinem bürgerlichen Namen besteht.

[20]) So auch Kohler, Iherings J. 18, S. 124; ZBl. 4, S. 7, 47; Chr. Finger, Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unl. Wettb.,[2] S. 229.

Digitized by Google

keine Verletzung eines im Exekutionswege unantastbaren Persönlichkeitsrechtes; der Etablissementsname und Zeitungstitel bezeichnen nicht unmittelbar die Person des Unternehmens, sondern nur dessen Unternehmen, haben als für den Unternehmer die Bedeutung eines Persönlichkeitsrechtes verloren, sobald er den Betrieb dieses Unternehmens freiwillig oder unfreiwillig aufgegeben hat. Was die Schutzmarke betrifft, so geht nach § 9, Abs. 2 MarkG. das Markenrecht auf den Erwerber des markenberechtigten Unternehmens über; das Gesetz unterscheidet nicht, ob der Erwerb mit oder ohne Willen des Markenberechtigten erfolgt ist.[21]) Anders liegt die Sache bezüglich der Firma; diese unterscheidet sich von den erwähnten anderen Unternehmenskennzeichen dadurch, daß sie nicht der Name eines Unternehmens oder eines Erzeugnisses, sondern der wahre oder angenommene Name einer Person ist.[22]) Dies ist wenigstens die Auffassung des Gesetzes (Art. 15 DHGB., § 17 DHGB.), der das Gesetz durch die Vorschrift des Art. 22 (§ 22 DHGB.) Rechnung trägt, daß zur Fortführung einer bestehenden Firma der Erwerb des Geschäftes zwar notwendig, aber nicht genügend ist, sondern daß es hiezu auch der ausdrücklichen Einwilligung des früheren Geschäftsinhabers bedarf. Mit Rücksicht hierauf nimmt die herrschende Lehre an, daß bei Veräußerung eines Geschäftes im Konkurse die Firma des Kridatars nur mit dessen persönlicher, durch einen Ausspruch des Masseverwalters nicht zu ersetzenden Zustimmung vom Erwerber fortgeführt werden darf.[23]) Der herrschenden Ansicht ist nur für den Fall beizustimmen, daß die Firma im bürgerlichen Namen des Kridatars besteht.[24])

[21]) Vgl. hiezu R. Pollak, Über die Zwangsverpachtung wirtschaftlicher Unternehmungen, GZ. 1907, S. 77. Zur Bewilligung der Umschreibung der Marke ist bloß der Nachweis des Erwerbes des markenberechtigten Unternehmens (§ 20 MarkG.), nicht auch der der Zustimmung des früheren Inhabers notwendig. Nach dem deutschen Gesetze zum Schutze des Warenzeichens vom 12. Mai 1894 muß behufs Bewirkung der Umschreibung des Warenszeichens bei Übergang des Geschäftsbetriebes auch die Zustimmung des Berechtigten ausgewiesen sein. Zur Erteilung dieser Zustimmung wird aber im Falle der Veräußerung des Geschäftes im Konkurse der Masseverwalter für berechtigt erklärt (Binder, I., S. 31; Kohler, Lehrb. des Konkursrechtes, S. 276, dagegen Seuffert, Konkursprozeßrecht, S. 86; Seligsohn, Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen,[2] S. 114).

[22]) Vgl. Gierke, Pr. R., I., S. 734. Die Ausführungen des OGH. bei Links, 6912, „die Firma ist kein persönliches Recht, sondern gehört zum betreffenden Handelsgeschäft, dessen Schicksal sie teilt", sind unrichtig.

[23]) Zusammenstellung der Literatur und Judikatur bei Opet, Goldschmidts Z. 49, S. 116, insbes. RG. 9, S. 106, dazu Olshausen a. a. O., S. 67.

[24]) So schon Keyßner, Die Erhaltung der Handelsgesellschaft, S. 11, dagegen Randa, I., S. 134, N. 13g.

Digitized by Google

Besteht die Firma nicht im bürgerlichen Namen des Kridatars, so hat dieser kein schutzbedürftiges Interesse zu verhindern, daß der höchste durch Verwertung des Unternehmens erzielbare Betrag den Gläubigern zu Gute kommt. Mit der Persönlichkeit des Unternehmers steht die nicht in seinem Namen bestehende Firma, nachdem er das Unternehmen aufgegeben hat, in keiner engeren Beziehung als der Etablissementsname.[25]) Art. 22 (§ 22 DHGB.) steht dieser Ansicht nicht entgegen. Diese Gesetzesstelle hat neben dem Fall der Vererbung — wie Binder (I., S. 31) richtig betont, nur den Fall der freiwilligen Abtretung des Geschäftes im Auge. Trotzdem kann man die allgemeine von Binder (a. a. O.) und Kohler (Der Markenschutz, S. 232, Konkursrecht, S. 276, Iherings J., 18, S. 265) aufgestellten Behauptung, daß bei kridamäßiger Veräußerung des Geschäftes dem Erwerber die Fortführung der alten Firma vom Masseverwalter auch ohne Zustimmung des Kridars gewährt werden kann, für den Fall, daß die Firma im Namen des Gemeinschuldners besteht, nicht beipflichten. Die rein persönliche Natur des Namensrechtes steht dieser Ansicht entgegen. Jede Firma, die den Namen eines andern ohne dessen Einwilligung enthält, ist eine unbefugte und diese Einwilligung kann vom handlungsfähigen Namensträger nur persönlich erteilt werden. Dies folgt nicht aus Art. 22, 27 HGB. (§§ 22, 37 DHGB.), sondern aus dem Namensrechte. Auch derjenige, der nicht Kaufmann ist oder es nicht mehr ist, erscheint auch bei unfreiwilliger Aufgabe des Geschäftes gegen den Gebrauch seines Namens in der Firma des rechtmäßigen Geschäftserwerbers geschützt.[26]) Dies geht aus Art. 24 HGB. hervor, der vorschreibt, daß die Zustimmung des austretenden Gesellschafters zur Fortführung der Firma dann nötig ist, wenn sein Name in der Firma enthalten ist, und der sich, wie heute allgemein angenommen wird, sowohl auf den Fall des freiwilligen Austretens, alt auch auf den Fall der Ausschließung (Art. 128) bezieht.[27])

---

[25]) Am deutlichsten tritt dies hervor, wenn der Einzelkaufmann das Geschäft, das im Konkurse veräußert werden soll — weil er es von einer Aktiengesellschaft erworben hat — unter einer Sachfirma, z. B. „Allgemeine Transportanstalt“ führt. Über die nicht unbestrittene Zulässigkeit solches Firmenerwerbes, vgl. Staub, Anm. 12 zu § 22.

[26]) Vgl. Em. Adler, Das Recht am Namen in Grünhuts Z. 31, S. 24.

[27]) Durch die Textierung des entsprechenden § 24 DHGB. (verb: Ausscheiden) erscheint bezüglich dieses Punktes jeder Zweifel beseitigt (Staub, Anm. 2 zu § 24, Amtl. S. 961 [JudB. 177]). Art. 24 behandelt, wie K. Adler (Die Grenzen der Firmenwahrheit, „Neues Wiener Tagblatt“, vom 18. Juli 1906) richtig hervorhebt, zwei verschiedene Tatbestände: 1. Identität der Handelsgesellschaft bei teilweisem Wechsel der Mitglieder; 2. Identität des Geschäftes bei teilweisem Wechsel der Inhaber. Bezüglich

Digitized by Google

Wie mit der Firma, verhält es sich mit dem Titel. Wird ein Zeitungsunternehmen mit Konkurse veräußert, so darf der Erwerber ohne Zustimmung des Gemeinschuldners den seinen Namen enthaltenden Titel nicht gebrauchen. Das gleiche gilt von der Verwendung des Namens des Gemeinschuldners mit einem die Geschäftsnachfolge andeutenden Zusatze.

Hat der Erwerber des Geschäftes mit dem Masseverwalter eine Übernahme der Geschäftsverbindlichkeiten vereinbart, so haftet er den Geschäftsgläubigern gegenüber unter den gleichen Voraussetzungen wie jeder andere Geschäftserwerber (vgl. § 14). Der etwas unklar gefaßte § 148, lit. b KO. dürfte wohl an derartige Vereinbarungen denken[28]), die ja auch in der Praxis vorkommen können, z. B. wenn die Überschuldung des Gemeinschuldners nicht gerade im Betriebe des veräußerten Unternehmens ihre Ursache hat.[29])

---

des ersten Tatbestandes bildet die Bestimmung, daß die Zustimmung des ausscheidenden Gesellschafters, dessen Namen in der Firma enthalten ist, eine in dieser Gesetzesstelle erst aufgestellte Voraussetzung für die Zulässigkeit der Fortführung der alten Firma; denn die Identität der Handelsgesellschaft und Erhaltung ihrer Rechte trotz Wechsels einzelner Mitglieder ist im HGB. bereits an anderen Stellen ausgesprochen. Der zweite in Art. 24 erwähnte Tatbestand, Austritt aller Gesellschafter bis auf einen, der das gesellschaftliche Geschäft als solches weiterführt, ist bereits in Art. 22 inbegriffen, denn er stellt eine teilweise Veräußerung des Handelsgeschäftes durch die austretenden Gesellschafter an den zurückbleibenden dar. Für diesen Tatbestand hat die Bestimmung des Art. 24, Abs. 2 die Bedeutung, daß die Zustimmung des ausscheidenden Gesellschafters zur Fortführung der Firma, die ja auch seine Firma ist, nicht wie aus Art. 22 gefolgert werden könnte, unbedingt, sondern nur dann notwendig ist, wenn die Firma seinen Namen enthält.

[28]) Vgl. R. Pollak, Konkursrecht, S. 334. Der Ausdruck Übernahme einer Handlung „mit Last und Vorteil" stammt aus den Verordnungen über die Führung der Handlungsprotokolle vom 13. April 1887, RGBl. Nr. 79 und vom 16. September 1857, RGBl. Nr. 168 und bedeutet wie dort (§ 25) Übernahme mit Aktiven und Passiven.

[29]) Schwieriger ist die Entscheidung der Frage, ob die die Haftung des Geschäftserwerbers normierende Bestimmung des § 25, Abs. 2 DHGB. auf die Veräußerung des Geschäftes des Gemeinschuldners im Konkurse Anwendung findet. Die Haftung ist die unmittelbare Folge des im § 25 DHGB. normierten Tatbestandes, des Erwerbes des Geschäftes und dessen Fortführung unter unveränderter Firma, und ist nicht — wie die Denkschrift, S. 106 andeutet, — auf eine in der Fortführung der Firma gelegene stillschweigende Willenserklärung des Geschäftes zurückzuführen (vgl. Hellwig, Verträge, S. 402). Die Erwägung, daß eine stillschweigende Willenserklärung des Geschäftserwerbers, allen Geschäftsgläubigern des Gemeinschuldners haften zu wollen, ausgeschlossen ist, kann daher zu keinem Ziele führen. Das RG. 58, S. 167 hat die Haftung des Geschäftserwerbers verneint, mit der Begründung, daß § 25, Abs. 2, der von der Wirksamkeit einer die Haftung ausschließenden Vereinbarung

Digitized by Google

§ 13.

6. Das Unternehmen als Exekutionsobjekt.

Aus der Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Übertragung des Unternehmens ergibt sich die natürliche Konsequenz, das Unternehmen auch dem Zugriffe der Gläubiger des Inhabers zugänglich zu machen. Diese Konsequenz wurde jedoch in der Regel ausdrücklich nur für den Fall des Konkurses gezogen.[1]) Als Objekt der Spezialexekution ist

---

gegenüber Dritten spreche, das Vorhandensein eines Dritten voraussetze, die Konkursgläubiger aber nicht als Dritte angesehen werden können; ähnlich Staub, Anm. 1 zu § 25 und im Ergebnis zustimmend Marcus, DJZ. 1905, S. 851, mit der ganz unzutreffenden Begründung, daß durch die Konkurseröffnung „das Geschäftsvermögen des Gemeinschuldners seinen Pekuliarcharakter als werbendes Sondergut eines in diesem Augenblicke noch vorhandenen Handelsgeschäftes verloren hat." Gegenüber Gläubigern, aus dem Betriebe des im Konkurse veräußerten Geschäftes, die keine Konkursgläubiger sind, steht der Anwendung des § 25 DHGB. kein Bedenken entgegen (Staub a. a. O.). Der Geschäftsbewerber, der diese Haftung nicht übernehmen will, mag sich im Sinne des zweiten Absatzes schützen. Der ungarische Entwurf hat ausdrücklich ausgesprochen, daß die Bestimmungen, nach denen dem Erwerber eines Handelsgeschäftes eine Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten des Vorgängers trifft, auf den Erwerb des vom Masseverwalter im Konkurse des Geschäftsinhabers veräußerten Geschäftes keine Anwendung finden. Die Motive begründen diese Ausnahme wie folgt: „Ein solcher Verkauf hat den Charakter eines exekutiven Verkaufes, woraus folgt, daß der Erwerber den Gegenstand lastenfrei erstehen muß. Auch liegt der lastenfreie Übergang des Geschäftes im Interesse der Konkursgläubiger, da niemand ein überlastetes Geschäft kaufen würde. Wäre das Geschäft aber nicht überschuldet, so wäre es nicht zum Konkurse gekommen. Übrigens können in einem solchen Falle keine Mißbräuche vorkommen."

[1]) Eigentlich liegt in der Bestimmung der KO., daß das Unternehmen des Gemeinschuldners zu Gunsten der Konkursgläubiger verwertet werden kann, in Verbindung mit der Bestimmung, daß nur das der Exekution unterworfene Vermögen des Gemeinschuldners dem Konkursbeschlage unterliegt die grundsätzliche Anerkennung des Unternehmens als Exekutionsobjekt. Es kann immer nur die Frage sein, ob mit Hilfe der in der Exekutionsordnung zu Gebote gestellten Exekutionsmittel dieser Grundsatz auch außerhalb des Konkurses durchführbar ist (vgl. § 12, N. 2). Die deutsche Theorie und Praxis verhält sich zur Frage nach der Möglichkeit einer Exekution auf ein Unternehmen außerhalb des Konkurses ablehnend (vgl. Chr. Finger, Das Reichsges. zum Schutze der Warenbezeichnung, S. 173, RG. in Str. S. 28, S. 380, Schultzenstein, ZZP. 33, S. 447 ff., Seligsohn, Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnung[2], S. 114.) Ob das bei Behrend, S. 211 angeführte, bei Busch, 21, S. 363 mitgeteilte Erkenntnis eine Vollstreckung in ein Geschäft zum Gegenstand hatte, geht aus dem mitgeteilten Sachverhalte nicht deutlich hervor. Ganz unzutreffend begründet das RG. (SeuffA. 59, Nr. 5) die Unzulässigkeit einer Veräußerung eines Unternehmens wider Willen des Inhabers und damit auch die Möglichkeit einer exekutiven Veräußerung

Digitized by Google

das Unternehmen in keiner ausländischen Gesetzgebung erwähnt.[2]) Die österreichische Gesetzgebung hat die Möglichkeit einer Exekution auf ein Unternehmen für bestimmte Fälle schon frühzeitig anerkannt, und zwar in § 2, Z. 7 der Exekutionsnovelle vom Jahre 1887 die Zwangsverwaltung einer Apotheke, im EisenbBuchG. die Sequestration einer Eisenbahnunternehmung. Die Praxis hat schon vor Erlassung dieser Gesetze eine Exekution zugelassen, die einer Exekution auf das Unternehmen mehr oder minder ähnlich war.[3])

Wenn die EO. das Unternehmen in die Reihe der Exekutionsobjekte ausdrücklich aufnimmt und die Vollstreckung auf dieses Exekutionsobjekt besonders regelt, so liegt der Schwerpunkt dieser Bestimmungen nicht so sehr in dem Ausspruche, daß die Exekution auf ein Unternehmen überhaupt zulässig ist[4]), sondern darin, daß gesagt wird, auf welche Unternehmungen die Exekution zulässig ist, und welche Exekutionsmittel anwendbar sind.

Die Exekution auf wirtschaftliche Unternehmungen ist eines der härtesten Exekutionsmittel, so daß vom rechtspolitischen Standpunkte aus wohl erwogen werden kann, ob der Gesetzgeber nicht besser getan hätte, statt in der Anerkennung des Unternehmens als Exekutionsobjekt die logische Konsequenz aus der Eigenschaft des Unternehmens als Vermögensobjekt und dessen rechtsgeschäftliche Übertragbarkeit zu ziehen, diese Konsequenz zu durchbrechen und die Exekution auf Unternehmungen auszuschließen oder erheblich einzuschränken. Die Exekution auf das Unternehmen soll freilich nur ein Vermögensobjekt des Schuldners treffen, er kann seine Arbeitskraft,

---

(es handelte sich in dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Falle um das Begehren auf Verkauf eines gemeinsamen Zeitungsunternehmens behufs Aufhebung der Gemeinschaft), damit daß eine solche Veräußerung einen Eingriff in ein Individualrecht des Inhabers des Unternehmens enthalten würde.

[2]) So teilt wenigstens Schubert-Soldern, S. 416, N. 3 mit.

[3]) Die zahlreichen bei Schubert-Soldern (Sequestration, S. 106, N. 6) mitgeteilten Judikate waren weit entfernt, eine Exekution auf das Unternehmen allgemein für zulässig zu erklären. Bewilligt oder abgelehnt wurde in der Regel die Exekution auf die reinen Einkünfte aus einem Gewerbebetriebe. GlU. 8507 erklärt sogar ausdrücklich die Exekution auf ein Apothekergewerbe für unzulässig, für zulässig bloß die Exekution auf die Einkünfte. Der Unterschied zwischen einer Exekution auf die reinen Einkünfte eines Unternehmens und auf das Unternehmen selbst, wurde übrigens in der betreffenden Zeit nicht übersehen (vgl. die bei GlU. 3539 mitgeteilten Rekursausführungen). Gestützt auf diese Praxis hat bereits der Entwurf einer ZPO. aus dem Jahre 1881 eine Sequestration wirtschaftlicher Unternehmungen ganz allgemein zugelassen (§ 844, vgl. erläuternde Bemerkungen bei 331 der Beilagen zu den stenogr. Pr. des AH., 9. Sess., S. 220).

[4]) Vgl. oben N. 1.

Digitized by Google

während dieses Vermögensobjekt von jemand anderen zu Gunsten des Gläubigers ausgenützt wird, anders betätigen. Dies ist aber nicht immer möglich. Nicht jeder, der noch die körperliche und geistige Kraft hat, sein eigenes Unternehmen zu betreiben, ist auch noch im stande außerhalb seines Betriebes eine für die menschliche Gesellschaft brauchbare Arbeit zu leisten. In vielen Fällen bedeutet die Exekution auf ein Unternehmen für den Schuldner die Verhinderung, seine Arbeitskraft in der einzigen Richtung zu betätigen, in der ihm eine Betätigung überhaupt möglich ist. Man entzieht dem Verpflichteten ein Vermögensobjekt und raubt ihm damit die Arbeitsmöglichkeit.[5]) Diesen Übelstand teilt freilich die Exekution auf Unternehmungen mit der Exekution auf manche landwirtschaftliche Güter, deren Bewirtschaftung für den Eigentümer die einzige Erwerbsmöglichkeit darstellt.[6]) Für den Eintritt dieses wirtschaftlichen Erfolges ist der Umfang des Unternehmens an sich gleichgültig. Ein großer Betrieb mit entwickelter Organisation kann für den Schuldner mit Rücksicht auf seine persönlichen Verhältnisse geradeso gut die einzige Erwerbsmöglichkeit bilden wie ein kleiner Betrieb, dessen Organisation gerade noch ausreichend ist, um einen ökonomischen Wert darzustellen und ein dem exekutiven Zugriffe zugängliches Vermögensobjekt zu bilden. Trotzdem könnte der Umfang des Unternehmens eine Grundlage für die Entscheidung nach der Zulässigkeit der Exekution bilden. Bei einem größeren Umfange des Unternehmens kann der den Gläubigern durch die Exekution verschaffte Vorteil immerhin[7]) ein so beträchtlicher sein, daß der Gesetzgeber die

---

[5]) Ein Widerspruch mit dem den Exekutionsbefreiungen des § 251 EO. zu Grunde liegenden Gedanken, daß dem Verpflichteten die Ausübung seines Berufes nicht unmöglich gemacht werden soll, daß er durch die Exekution nicht zu einem lästigen Mitgliede der Gesellschaft gemacht werden soll (vgl. R. Pollak, Zivilpr., S. 50), ein Widerspruch mit dem in zahlreichen Sonderbestimmungen verwirklichten Grundsatze, daß dem Verpflichteten ein Existenzminimum erhalten bleiben soll.

[6]) Die EO. sonst bestrebt, überall wirtschaftlichen Momenten Rechnung zu tragen, berücksichtigt in ihren Bestimmungen über die Exekution auf Liegenschaften fast gar nicht den gewaltigen wirtschaftlichen Unterschied zwischen einer Exekution auf Liegenschaften die dem arbeitslosen Fruchtgenuß (Zinshaus) und dem Luxus (Villa) dienen einerseits und auf Liegenschaften, die wie landwirtschaftliche Güter andrerseits für den Eigentümer die Gelegenheit zum Erwerbe durch Arbeit bieten.

[7]) Es geht freilich viel zu weit, wenn Geller (ZBl. 1906, S. 984) der Exekution auf Unternehmungen die Funktion eines Exekutionsmittels abspricht; von der Richtigkeit seiner weiteren Behauptung, daß dieses Exekutionsmittel oft nur als ein mehr oder weniger wirksames Erpressungsmittel verwendet wird, kann man sich durch die Praxis leicht überzeugen — übrigens nicht nur bei diesem Exekutionsmittel.

Digitized by Google

Entziehung der einzigen Arbeitsgelegenheit des Verpflichteten in den Kauf nehmen kann[8]).

Der dem § 341 EO. entsprechende § 344 der Regierungsvorlage wird insofern diesem Gedanken — wenn auch vielleicht unbewußt — gerecht, daß er es der Verordnungsgewalt überläßt, die Zulässigkeit der Exekution auf bestimmte Unternehmungen mit Rücksicht auf deren geringen Umfang auszuschließen.[9]) Das Gesetz selbst — die Änderungen erfolgten über Beschluß der gemeinsamen Konferenz — hat neben dem geringen Umfange als Voraussetzung für die Unzulässigkeit der Exekution auf ein Unternehmen noch aufgestellt, daß das Gewerbe ein handwerksmäßiges[10]) oder ein konzessionspflichtiges ist, zu dessen Antritt eine besondere Befähigung notwendig ist. Von dem oben de lege ferenda ausgesprochenen Gedanken findet man also keine Spur mehr; denn für die Frage, ob dem Nachteil des Verpflichteten, dem durch die Exekution auf sein Unternehmen die Arbeitsgelegenheit entzogen wird, ein angemessener Vorteil des Gläubigers gegenübersteht, ist der Umstand, daß der Zwangsverwalter oder Pächter besonderer Eigenschaften oder einer besonderen behördlichen Genehmigung bedarf, kaum von Bedeutung.[11])

Ausgeschlossen ist die Exekution auf ein Unternehmen im Wege der Zwangsversteigerung. Dies folgt aus dem Wortlaute des § 341 EO., der bestimmt, daß auf Unternehmungen die Exekution im Wege der Zwangsverwaltung oder Zwangsverpachtung geführt werden kann. Angesichts der bekannten Absicht des Gesetzgebers, die zu

---

[8]) Dem Gedanken, daß mit dem dem Verpflichteten durch die Exekution verursachten (subjektiven) Nachteil der Vorteil des Gläubigers in einem entsprechenden Verhältnisse stehen muß, trägt die EO. keine Rechnung. Die Bestimmungen über die Einhaltung einer Verschleuderungsgrenze berücksichtigen nur den Tausch- und nicht den Gebrauchswert. Dagegen trägt § 812 DZPO. dem erwähnten Gedanken Rechnung.

[9]) Den Motiven (Mat. I., S. 580) ist nicht ganz beizustimmen, denn bei Betrieben — an die die Motive denken — wo „nicht das gewerblichen Unternehmen, sondern die persönliche Arbeitskraft die Quelle der Befriedigung bildet", liegt überhaupt kein Unternehmen vor.

[10]) Der Ausdruck „handwerksmäßig" ist hier (vgl. aber folgende Note) im Sinne der Gewerbeordnung zu verstehen (vgl. R. Pollak, Zivilpr., S. 51).

[11]) Die EO. hat hier wie auch in der Bestimmung des § 251, Z. 6 das Handwerk vor dem Handel begünstigt. Die Auslegung, daß unter Handwerker in § 251, Z. 6 EO. auch Gemischtwarenhändler und andere Handelsleute, mit geringem Gewerbebetriebe zu verstehen sind (vgl. R. Pollak, Zivilpr., S. 50 und die dort angeführte Literatur und Judikatur), ist m. E. nicht zutreffend. Der Ausdruck Handwerker ist gewiß nicht im Sinne der GewO. zu verstehen, aber der allgemeine Sprachgebrauch ist maßgebend, der mit diesem Worte einen bestimmten Sinn verbindet.

Digitized by Google

dieser Textierung geführt hat,[12]) kann an der texativen Aufzählung der Exekutionsmittel nicht gezweifelt werden.[13])

Durch die Bestimmungen der Exekutionsordnung über die Exekution auf wirtschaftliche Unternehmungen wird ein neues Exekutionsobjekt in die Reihe der vom Gesetze erwähnten Exekutionsobjekte eingefügt. Die durch den Betrieb des Verpflichteten geschaffene Organisation der Produktionsmittel und gesicherte Absatzgelegenheit soll zu Gunsten der Gläubiger verwertet werden. Es ist nicht zutreffend, wenn R. Pollak (Zwangsverwaltung, S. 1 ff.) die wesentliche

[12]) Vgl. Reg.-Mot. (Mot. I., S. 575): „Bei gewerblichen Unternehmungen, Fabriksetablissements, Handelsbetrieben u. dgl. bietet sich die Zwangsverwaltung oder Verpachtung von selbst als der Weg zur Ausnützung und Beschaffung der Befriedigung dar, weil er dem Verpflichteten nach Befriedigung des Gläubigers den Wiedereintritt in den Betrieb und das Unternehmen und die Fortsetzung desselben gestattet, ihn also nicht wie die Versteigerung zwingt, ein ganz neues Unternehmen zu beginnen und ihn nicht wegen einer ganz vorübergehenden Schwierigkeit um die Früchte seiner bisherigen dem Etablissement gewidmeten Tätigkeit ohne entsprechende Gegenleistung bringt." Diese der Textierung des § 341 EO. zu Grunde liegende, auch bei der Regelung der Immobilarexekution hervortretende Ansicht, daß die Verwaltung gegenüber der Versteigerung das mildere Exekutionsmittel bildet, kann, — ohne über deren Richtigkeit ein Urteil zu fällen — entgegengehalten zu werden, wenn entgegen dem Wortlaute des § 341 EO. eine Verkäuflichkeit des Unternehmens im Exekutionswege damit zu begründen versucht wird, daß eine solche Verkäuflichkeit nirgends untersagt ist, und daß es dem „Geiste" der Exekutionsordnung entspricht, jedes Vermögensobjekt wie im freien Verkehr zu verwerten." (So die Gründe des LG. Wien, 11. Jänner 1906, bei Ohmeyer, Die Zwangsversteigerung konzessionierter Unternehmen, GZ. 1906, S. 378 und des LG. Wien bei ZBl. 1907, N. 297).

[13]) Der gleichen Ansicht R. Pollak, Zivilpr., S. 837; Schubert-Soldern, S. 416; a. M. Walker, Grundriß des Exekutionsrechtes, S. 122; M. Schuster, Österr. Zivilprozeßrecht, S. 697, Ohmeyer in der in der vorigen Note erwähnten Abhandlung, der übrigens ganz richtig bemerkt, daß die Frage nach der Zulässsigkeit des exekutiven Verkaufes eines konzessionspflichtigen Unternehmens grundsätzlich von der Frage nach der Zulässigkeit der exekutiven Verwertung einer Konzession unabhängig ist; ferner Fischböck, Die Exekution auf konzessionierte Gewerbe, GZ. 1902, S. 282. Die Praxis der Gerichte ist schwankend. In letzter Zeit scheint der OGH. der Ansicht hinzuneigen, daß § 341 EO. eine texative Aufzählung der Verwertungsarten enthält (vgl. die Mitteilungen in JBl. 1907, S. 270 in ZBl. 1907. N. 297). Wäre die wiederholt ausgesprochene Ansicht richtig, daß § 332, der von der Verwertung eines Rechtes durch Verkauf spricht, auch auf wirtschaftliche Unternehmungen anwendbar ist, trotzdem die §§ 341 ff. dieser Verwertungsart nicht gedenken (vgl. OGH. 7. Jänner 1905, bei Ohmeyer, Unternehmen, S. 209), so müßte man auch sagen, daß die in § 334 und § 340 EO. normierten Verwertungen mittels Zwangsverwaltung und Zwangsverpachtung schon auf Grund dieser angeführten Bestimmungen auf Unternehmungen anwendbar sind; der erste Satz des § 341 EO. wäre also vollkommen überflüssig.

Digitized by Google

Bedeutung der §§ 341 ff. EO. darin erblickt, daß sie eine Abweichung von dem sonst die Exekutionsordnung beherrschenden Prinzipe der Spezialexektion statuieren. Wieso die Zwangsverwaltung eines Zeitungsunternehmens oder einer Schule (vgl. R. Pollak a. a. O., S. 31) eine Abweichung von dem Prinzipe der Spezialexekution enthält, ist nicht abzusehen. Aber auch bei denjenigen Unternehmungen, zu deren Betriebe eine Reihe von körperlichen Sachen erforderlich ist, erklärt sich die Tatsache, daß von der Verstrickung neben dem eigentlichen Exekutionsobjekte dem Unternehmen auch die in dessen Betriebe verwendeten körperlichen Sachen ergriffen werden aus der Zubehörseigenschaft dieser Gegenstände. Die Beschlagnahmewirkung erstreckt sich auf sie geradeso wie die Hypothek auf das Zubehör eines Grundstückes. Nach der Auffassung R. Pollaks läge die Bedeutung der §§ 341 ff. nicht in der Schaffung oder Anerkennung eines neuen Exekutionsobjektes, sondern in der Normierung eines neuen Exekutionsmittels, indem statt der Exekution auf die einzelnen im Betriebe des Unternehmens vereinigten Sachgüter eine Exekution auf die Gesamtheit dieser Güter in ihrer zur Erreichung eines wirtschaftlichen Zweckes geschaffenen Vereinigung zugelassen wird.[14]) Nach R. Pollak stellt also die Exekution auf das Unternehmen eine Exekution in das

[14]) Diese Auffassung R. Pollaks tritt am deutlichsten darin hervor, daß er die Bestimmungen über die Exekution auf Unternehmungen in Zusammenhang bringt mit der Bestimmung des § 276 EO., nach der eine größere Menge gleichartiger Gegenstände zu einem einheitlichen Preise zum Verkaufe gebracht werden kann. Dabei anerkennt Pollak freilich, daß der Wert des wirtschaftlichen Unternehmens „eine Summe von Gütern, welche durch eine menschliche Tätigkeit zu einem bestimmten Zwecke in gewerblicher oder gewerbeähnlicher Betriebsform vereinigt sind“ (Zwangsverpachtung, S. 66, N. 15), die Summe der Werte der einzelnen Güter nicht bloß infolge der Tatsache der Vereinigung übersteigt, — wie etwa ein Viererzug den Gesamtwert der einzelnen Pferde — sondern auch deshalb übersteigt, weil in der Summe der einzelnen Werte nie der Wert einer alten Firma, eines Kundenkreises usw. zum Ausdrucke kommt (Zwangsverwaltung, S. 3). Der Kundenkreis, — nach unserer Terminologie die Absatzgelegenheit — daneben freilich auch die Organisation der Produktionsmittel, ist eben das Exekutionsobjekt. R. Pollak führt seine Ansicht übrigens auch nicht konsequent durch. In seiner Abhandlung „Über die Zwangsverpachtung wirtschaftlicher Unternehmungen“, S. 77, führt er aus, daß der Pächter eines in Zwangsverpachtung gezogenen Unternehmens, dessen Zubehör — Pollak gebraucht diesen Ausdruck nicht im technischen Sinne — auch nicht zum Gebrauche erhalte, die Realität, auf der das Unternehmen betrieben wird, dem Pächter erst im Wege einer vom Gläubiger hierauf geführten Zwangsverwaltung zugänglich gemacht werden könne. Wenn diesen Ausführungen auch nicht vollkommen beizustimmen ist, so liegt in ihnen doch die Anerkennung, daß das Exekutionsobjekt nicht die Summe der zum Betriebe vereinigten Güter bildet.

Digitized by Google

im Unternehmen investierte Geschäftsvermögen dar, und da R. Pollak selbst ganz richtig ausführt,[15]) daß dieses Geschäftsvermögen kein Rechtsobjekt darstellt, gelangt er zu dem merkwürdigen Ergebnisse (S. 7), daß die §§ 341 ff. EO. den Gedanken zum Ausdrucke bringen, daß nicht nur Vermögensrechte, sondern auch Vermögenswerte Exekutionsobjekte bilden können.[16])

Demgegenüber möchte ich die Ansicht vertreten, daß dem Exekutionsobjekte der § 341 ff. EO. auch ein Rechtsobjekt entspricht, nämlich die dem Verpflichteten in seinem Gewerbebetriebe zu Gute kommende Organisation der Produktionsmittel und gesicherte Absatzgelegenheit, also dasjenige, worin nach der hier vertretenen Auffassung das Wesens des Unternehmens im objektiven Sinne zu erblicken ist. Die Beschlagnahmewirkung erstreckt sich keineswegs auf alle Bestandteile des Geschäftsvermögens, das bei den beschränkte und unbeschränkte Rechtssubjektivität genießenden handelsrechtlichen Vereinigungen mit dem Vermögen überhaupt zusammenfällt,[17]) sondern — und zwar mit verschiedener Wirkung — auf diejenigen Bestandteile des Geschäftsvermögens, die als Zubehör oder als Früchte des Unternehmens von dessen rechtlichem Schiksal mitergriffen werden.

Was als Zubehör des Unternehmens anzusehen ist, wurde bereits in § 6 ausgeführt.

Die bereits zur Zeit des Beginnes der Zwangsverwaltung entstandenen Forderungen aus dem Geschäftsbetriebe fallen in die Verwaltungsmasse, nicht weil sie Bestandteile des Exekutionsobjektes, des Unternehmens, sondern gemäß des hier anwendbaren § 119, Abs. 2

---

[15]) Die Begründung, daß eine Exekution auf einzelne Bestandteile des Geschäftsvermögens überhaupt und angeblich auch nach Einleitung der Zwangsverwaltung zulässig ist, scheint freilich nicht zutreffend.

[16]) Schubert-Soldern (S. 418, N. 7) wendet gegen Pollaks Auffassung ein, daß eine Exekution auf einen Vermögenswert etwas begrifflich Unmögliches sei, schließt sich aber Pollak insoferne an, als auch er als das Objekt der in §§ 341 ff. geregelten Exekution einen „Komplex von körperlichen und unkörperlichen Sachen, welche nur dadurch, daß sie einem bestimmten wirtschaftlichen Zwecke dienen, zu einem Ganzen zusammengehalten werden", erblickt, den er dem Begriff der Gesammtsache zu unterstellen sucht (hierüber § 1, N. 21). Ähnlich Ohmeyer, S. 27 ff.

[17]) Der von Schubert-Soldern, S. 428 gegen die richtige Ansicht R. Pollaks (Zwangsverwaltung, S. 22), daß die Zwangsverwaltung des Unternehmens im Konkurse aufrecht bleibe (s. auch GlU. N. F. 1305) erhobene Einwand, daß das Unternehmen in der Regel mit dem ganzen Vermögen des Kridatars zusammenfalle, daher bei Fortdauer der Zwangsverwaltung für das Konkursverfahren kein Raum sei, scheint also nicht begründet.

Digitized by Google

EO., weil sie dessen Früchte sind.[18]) Nur jene Forderungen des Verpflichteten fallen in die Verwaltungsmasse, die als Früchte des das Exekutionsobjekt bildenden Unternehmens anzusehen sind, also nicht Kaufpreisforderung für eine veräußerte Fabriksrealität, nicht die ausstehenden Hypothekarforderungen eines Kreditinstitutes, sondern nur deren Zinsen, endlich nicht jene Forderungen, zu deren Entstehung das Unternehmen nicht in absehbarer Weise beigetragen hat; die Forderung muß nicht gerade aus einem in die Branche des betreffenden Unternehmens fallenden Geschäfte entstanden sein, aber das Unternehmen muß die Gelegenheit zum Abschlusse des Geschäftes gegeben oder gefördert haben. Art. 273 HGB. ist hier nicht anwendbar; es kommt nicht wie bei Bestimmung des Anwendungsgebietes des Art. 273 darauf an, ob das Geschäft zu Zwecken des Gewerbes oder zu privaten Zwecken geschlossen wurde, sondern darauf an, ob an dem wirtschaftlichen Erfolge des Geschäftes die dem Gewerbetreibenden zu Gebote stehende Organisation der Produktionsmittel oder Absatzgelegenheit einen solchen Anteil hatte, daß man die aus dem Geschäfte entstehende Forderung als Erträgnis des Unternehmens bezeichnen kann.[19])

Bei der Zwangsverpachtung ist es anders. Das Schicksal der zur Zeit der Zwangsverpachtung noch aushaftenden Forderungen wird durch die Einleitung der Zwangsverpachtung nicht berührt.[20]) Diese trotz Gleichheit des Exekutionsobjektes bestehende Divergenz erklärt sich daraus, daß bei der Exekution im Wege der Zwangsverpachtung nicht die durch den Betrieb des Unternehmens erzielten Erträgnisse, sondern die durch entgeltliche Überlassung des Betriebes an einem dritten erzielten Erträgnisse zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers verwendet werden sollen. Erträgnisse der erwähnten Art sind aber zur Zeit des Beginnes der Verpachtung noch nicht vorhanden, daher ist für die Anwendung des § 119, Abs. 2 EO. kein Raum.[21])

---

[18]) Wäre die Exekution im Sinne der §§ 341 ff. EO. eine Exekution auf das Geschäftsvermögen, so würden von den außenstehenden Forderungen, die ja Bestandteile dieses Vermögens sind, nur die Zinsen in die Verwaltungsmasse fallen.

[19]) Über die hier nicht zu erörternde Frage, inwieferne vor Beginn der Zwangsverwaltung begründete Rechte Dritter an aushaftenden Geschäftsforderungen deren Einbeziehung in die Verwaltungsmasse hindern, vgl. die eingehenden Ausführungen bei R. Pollak, Zivilpr., S. 768.

[20]) R. Pollak, Zwangsverpachtung, S. 77.

[21]) Würde die Zwangsverwaltung eines bereits vertragsmäßig verpachteten Unternehmens bewilligt werden, so würden die zur Zeit des Beginnes der Zwangsverwaltung noch aushaftenden Pachtzinsraten als noch nicht eingehobene Einkünfte (§ 119, Abs. 2) in die Verwaltungsmasse fallen.

Digitized by Google

Nicht alle der rechtsgeschäftlichen Übertragung fähigen Unternehmen sind auch der Exekution unterworfen. Unerheblich für die Fähigkeit eines Unternehmens, Exekutionsobjekt zu sein, ist der Gegenstand des Betriebes; das Unternehmen muß insbesondere keinem gewerblichen Unternehmen ähnlich sein, wie Schubert-Soldern, S. 421, auf Grund des Wortlautes des § 341 EO. annimmt.[22]) Unerheblich ist weiters der Umstand, ob zur Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit Sachen (Produktionsmittel und Kapital) notwendig sind oder gar nicht oder nur nebenbei benötigt werden.[23]) Der Kreis der der Exekution unterworfenen Unternehmungen erleidet gegenüber dem Kreise der der rechtsgeschäftlichen Übertragung fähigen Unternehmungen, abgesehen von der bereits erwähnten Exekutionsbefreiung des § 341 EO. und einigen im Spezialgesetze statuierten Exekutionsbeschränkungen,[24]) eine Einschränkung aus folgendem Gesichtspunkte: Wir haben in § 3 die verschiedenen Handlungen besprochen, durch die die in einem bestimmten Gewerbebetriebe vorhandene Organisation der Produktionsmittel und gesicherte Absatzgelegenheit einem

---

[22]) Wie Text: R. Pollak, Zivilpr., S. 765, und die in der Praxis durchwegs herrschende Ansicht. Die Praxis bewilligt Exekution auf Theater- und Konzertunternehmungen, Schulen usw.

[23]) A. M. R. Pollak (Zwangsverwaltung, S. 11, Zivilpr., S. 765). Bei einer Handelsschule, einer Advokaturskanzlei, deren Zwangsverwaltung R. Pollak zuläßt, spielen aber die vorhandenen sachlichen Produktionsmittel die denkbar unbedeutendste Rolle. Wie Pollak: auch Ohmeyer, S. 9.

[24]) Vgl. hierüber Schubert-Soldern, S. 423. In diesem Zusammenhange ist auch § 21 d GewO. (Novelle vom 5. Februar 1907) zu nennen, wo die Verpachtung eines Stellenvermittlungsgewerbes für unzulässig erklärt wird. Diese Bestimmung bezieht sich zwar m. E. nur auf die Gewerbekonzession, hat aber für die Zwangsverpachtung des Unternehmens deshalb eine praktische Bedeutung, weil die Zwangsverpachtung eines konzessionspflichtigen Unternehmens praktisch nicht anders durchgeführt werden kann als unter gleichzeitiger Zwangsverpachtung der Konzession, als deren Pächter der Pächter des Unternehmens gegenüber der Gewerbebehörde zu erscheinen hat (vgl. oben S. 128). Gegen R. Pollak (Zwangsverpachtung, S. 66, N. 12) muß angenommen werden, daß § 21 d GewO., soweit er die Verpachtung ausschließt, auch die Zwangsverpachtung ausschließt. Diese Gesetzesbestimmung, nach der die Ausübung des in Rede stehenden Gewerbes durch einen Stellvertreter zugelassen wird, will nicht zulassen, daß der Betrieb dieses Gewerbes im eigenen Namen von einer vom Gewerbeinhaber verschiedenen Person ausgeübt wird. Der Rechtsakt, durch den ein Pachtverhältnis geschaffen wird, ist in gewerbepolizeilicher Hinsicht doch ganz gleichgültig. Die Zulässigkeit der Zwangsverwaltung dieser Gewerbe folgt aus der Statthaftigkeit der gewerblichen Stellvertretung (so auch R. Pollak a. a. O.). Hier kommt wieder in Betracht, daß es gewerbepolizeilich ganz gleichgültig ist, ob der Stellvertreter durch einen rechtsgeschäftlichen Akt oder eine gerichtliche Verfügung bestellt wird.

Digitized by Google

anderen zugänglich gemacht werden kann. Wo es nun zur Bewirkung dieses Überganges einer persönlichen Handlung des Inhabers bedarf, ist eine Exekution auf das Unternehmen nicht möglich;[25]) denn ein Zwang zu einer positiven persönlichen Leistung des Verpflichteten ist bei der Exekution zu Gunsten von Geldforderungen nicht vorgesehen.[26]) Nur jene Unternehmen sind der Exekution zugänglich, bei denen der Verwalter (Pächter) durch die in § 343 EO. vorgesehene Einführung in das zu verwaltende Unternehmen ohne Mitwirkung des Verpflichteten in die Lage gebracht wird, die vorhandene Organisation der Produktionsmittel oder durch diese oder neben dieser die bestehende Absatzgelegenheit auszunützen. Die Einführung in das Unternehmen kann darin bestehen, daß der Verwalter als solcher dem Hilfspersonale vorgestellt, daß ihm das Betriebslokal oder die anderweitigen sachlichen Produktionsfaktoren übergeben werden.[27]) Fehlt es an der Möglichkeit der Einführung in den Betrieb, so kann ein Unternehmen zwar der rechtsgeschäftlichen Übertragung fähig sein, aber nicht ein der Exekution fähiges Ojekt bilden. Gibt z. B. der Verpflichtete ohne Vorhandensein irgend einer greifbaren Organisation eine Zeitschrift unter einem bestimmten Titel heraus, so kann das Gericht nicht den Verwalter oder Pächter ermächtigen, eine gleichartige Zeitschrift unter demselben Titel herauszugeben und dem Verpflichteten den ferneren Gebrauch dieses Titels untersagen. Das Recht zum Gebrauche der verschiedenen Unternehmenskennzeichen geht zwar mit den durch das Recht am Namen gegebenen Ausnahmen (vgl. § 12, N. 22) auf den Erwerber eines Unternehmens auch dann über, wenn der Erwerb wider Willen des ursprünglich Berechtigten erfolgt ist, aber dieser Übergang ist lediglich die Folge des Umstandes, daß der ursprünglich Berechtigte das Unternehmen, in dessen Betriebe die Bezeichnungen verwendet wurden, zu betreiben aufgehört hat, nicht die Folge einer auf das Unternehmenskennzeichen selbst geführten Exekution.[28])

---

[25]) Aus einem gleichen Grunde kann auch trotz bestehender Möglichkeit der Übertragung die Möglichkeit der Vererbung des Unternehmens wegfallen (vgl. § 9, N. 3).

[26]) Bei einer direkten Exekution zur Bewirkung der Übergabe des Unternehmens kann der Verpflichtete zur Vornahme jeder Handlung gezwungen werden, die zur Erfüllung der ihm im Exekutionstitel auferlegten Verpflichtung, ein bestimmtes Unternehmen zu übergeben, geeignet ist.

[27]) § 343, Abs. 1 EO. ist durch den unmittelbar nur auf die Zwangsverwaltung von Rechten anwendbaren § 335, Abs. 1 EO. zu ergänzen.

[28]) Unternehmenskennzeichen als solche sind keine Exekutionsobjekte. Bezüglich der einen Personennamen darstellenden Firma kann dies als selbstverständlich angenommen werden. (Vgl. R. Pollak, Zivilpr., S. 37.) Das

Digitized by Google

Das durch Einleitung der Zwangsverwaltung eines Unternehmens begründete Befriedigungsrecht erstreckt sich auf das ganze Zubehör des Unternehmens; jedoch beinhaltet die Zwangsverwaltung des Unternehmens nicht gleichzeitig eine Zwangsverwaltung der Zubehörstücke, insbesondere nicht der im Betriebe des Unternehmens verwendeten Liegenschaften, da die Voraussetzungen für das Entstehen einer Zwangsverwaltung an ihnen (§ 103 EO.) nicht gegeben sind. Daher erhalten die Hypothekargläubiger, solange sie nicht selbst die Zwangsverwaltung der ihnen verhafteten Liegenschaft betreiben, aus den Erträgnissen des verwalteten Unternehmens auch nicht den auf den Miet- oder Pachtwert des Reales entfallenden Anteil. Andrerseits muß daran fest-

---

Markenrecht und das Recht an der Geschäftsbezeichnung (Zeitungstitel, Etablissementsname) hingegen rechnet Chr. Finger (Reichsgesetz zum Schutze des Warenzeichens, S. 173; Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, S. 229) zu den der Ausübung nach übertragbaren Rechten und läßt eine Exekution auf diese Rechte durch Pfändung und Überlassung der Ausübung an einen anderen im Wege der gerichtlichen Lizenzerteilung zu. Diese Ansicht, die auf § 857 DZPO. gestützt wird, der gleich den §§ 331 ff. EO. eine Exekution auf nur der Ausübung nach übertragbare Rechte zuläßt, ist für das deutsche Recht ebenso unzutreffend wie für das österreichische. Das Recht an der Geschäftsbezeichnung ist überhaupt nicht übertragbar (im technischen Sinne), auch nicht der Ausübung nach. Das Recht an der Geschäftsbezeichnung steht immer demjenigen zu, der diese Bezeichnung befugter Weise bei Ausübung seiner Erwerbstätigkeit in Gebrauch nimmt und wird von ihm mit dem Beginne der Gebrauchsnahme neu (niemals translativ) erworben; die Erwerbstätigkeit bildet die Voraussetzung dieses Rechtes, mit der es steht und fällt, nicht etwa dessen Ausübung. Eine Pfändung dieses Rechtes ist schon deshalb unmöglich, weil das die Verstrickung begründende Verbot des § 331 EO. das Gebot in sich schließen würde, die Erwerbstätigkeit, für die die gepfändete Bezeichnung besteht, weiter auszuüben, da ja die Einstellung des Betriebes das Recht an der Bezeichnung sofort zur Erlöschung bringen müßte. Die Unzulässigkeit einer zwangsweisen Veräußerung des Rechtes am Zeitungstitel spricht gelegentlich auch das RG. bei SeuffA. 59, N. 5 aus. Beim Markenrecht ist es nicht anders; dieses entsteht zwar nicht schon durch die Gebrauchnahme eines bestimmten Warenzeichens, sondern in der Regel erst durch Registrierung (vgl. Näheres bei Em. Adler, Markenschutz und unlauterer Wettbewerb, Österr. Patentblatt, 1904, Nr. 4 bis 8), erlischt aber mit der Einstellung des Betriebes des Unternehmens, für das die Marke registriert ist (§ 9, Abs. 1 MarkG.). Ferner kann die Pfändung und Zwangsverwaltung des Markenrechtes abgesondert vom markenberechtigten Unternehmen schon deshalb nicht als zulässig angesehen werden, weil es dem deutlichen Willen des Gesetzgebers (vgl. oben § 3, N. 30, 31) widerspricht, daß eine Marke zur Bezeichnung von Waren verwendet wird, die nicht aus dem Betriebe des markenberechtigten Unternehmens stammen und daher das Gericht zur Herbeiführung eines solchen Zustandes, wenn ihn die Parteien auch auf Umwegen gegen den Willen des Gesetzgebers erreichen, können, nicht die Hand bieten darf.

Digitized by Google

gehalten werden, daß der Hypothekargläubiger als solcher nie mehr erhalten kann, als den Ertrag des Grundstückes, denn nur dieses, nicht das auf dem Grundstücke oder mit dem Grundstücke betriebene Unternehmen ist Gegenstand des Hypothekarrechtes. Dieser dem materiellen Rechte angehörende Rechtssatz erleidet durch die Art des Exekutionsverfahrens keine Änderung. Die Realschätzordnung, die bei Liegenschaften mit industriellen Betrieben eine Schätzung vorschreibt, die nicht bloß den Wert der Liegenschaft, sondern auch den Wert des auf der Liegenschaft betriebenen Unternehmens zum Ausdrucke bringt (vgl. § 7, N. 7), rechnet damit, daß die Versteigerung der Liegenschaft mittelbar zu einer Versteigerung dieses Unternehmens, die als selbständiges Exekutionsmittel nicht zulässig ist, führt.[28a]) Die Hypothekargläubiger haben trotzdem nur Anspruch auf den dem Sachwerte der Liegenschaft entsprechenden Teil des Erlöses, der andere Teil des Erlöses fällt dem Verpflichteten oder dem Gläubiger, der den Anspruch des Verpflichteten auf Ausfolgung dieses Teiles des Erlöses gepfändet hat, zu. Ebenso setzt § 120, Z. 3 EO. voraus, daß sich die Zwangsverwaltung einer land- oder forstwirtschaftlichen Liegenschaft auf gewerbliche Unternehmungen erstreckt, die mit dem land- oder forstwirtschaftlichen Betriebe verbunden sind. Auch in diesem Falle ist eine Teilung der Erträgnisse der einheitlichen Zwangsverwaltung vorzunehmen. Den Hypothekargläubigern fällt nur der Teil der Erträgnisse zu, der dem Miet- oder Pachtwert[29]) der Liegenschaft samt Liegenschaftszubehör entspricht; den übrigen Teil der Erträgnisse, also die Erträgnisse des Unternehmens, erhält der die Zwangsverwaltung betreibende Gläubiger aber auch, wenn er Hypothekargläubiger ist, nicht nach dem Range seiner Hypothek, sondern nach dem Range seines Befriedigungsrechtes, das nach der Auffassung des Gesetzes bei Liegenschaften der erwähnten Art nicht nur ein Befriedigungsrecht an der Liegenschaft, sondern auch an den auf der Liegenschaft betriebenen Unternehmungen ist. Die Voraussetzungen für die Entstehung dieses Befriedigungsrechtes liegen ja vor; der in § 343 EO. vorgesehenen Einführung des Verwalters in das Unternehmen erscheint in dem vorausgesetzten Falle durch die Übergabe der Liegenschaft (§ 109 EO.) entsprochen. Verschieden von dieser Frage ist die Frage, ob die Verwaltung einer Liegenschaft wirklich immer gleichzeitig die Verwaltung des Unternehmens enthält, dessen vorzüglichsten Produktionsfaktor die Liegenschaft bildet. Die Frage kann nur auf Grund der positiven Bestimmung des § 120, Z. 3

[28a]) Vgl. Ohmeyer, S. 57.

[29]) Über diesen Begriff und zum folgenden vgl. Ohmeyer, S. 46 ff.

Digitized by Google

EO. bezüglich jener Liegenschaften, mit deren land- oder forstwirtschaftlichen Betrieben gewerbliche Unternehmungen verbunden sind, bejaht werden,[30]) denn die Exekution kann nicht weiter ausgedehnt werden als sie der Gläubiger beantragt. Dies führt zu einer Schwierigkeit bei der Durchführung einer Zwangsverwaltung von Liegenschaften, die ihrer Beschaffenheit nach ungeeignet sind, zu einem anderen Zwecke als zum Betriebe desUnternehmens, dem sie als Unterlage dienen, verwendet zu werden, wie Heilanstalten, Hotelgrundstücke usw. Das natürliche Auskunftsmittel, daß der betreibende Gläubiger gleichzeitig die Zwangsverwaltung des Unternehmes begehrt,[31]) was dann die obenerwähnte Teilung der Erträgnisse zur Folge hätte, wird nicht immer im Interesse des betreibenden Gläubigers gelegen sein, da der Betrieb des Unternehmens oft ohne erhebliche Vorschüsse, die der Gläubiger zu leisten nicht im stande ist, nicht möglich sein wird (vgl. § 129 EO.). Die Verwaltung der Liegenschaft ist hier nur durch deren Vermietung zu einem gleichartigen Gewerbetrieb, eventuell auch an den Verpflichteten selbst, der ja zur Räumung der Liegenschaft verhalten werden kann, möglich (vgl. § 1093 ABGB. i. f.).[32])

Die Frage, ob, so lange eine Exekution auf ein Unternehmen anhängig ist, Exekutionen auf die zum Betriebe des Unternehmens

---

[30]) Die Bemerkung von Schubert-Soldern (S. 419, N. 7), daß die Verwaltung einer Liegenschaft als die universelle auch die Verwaltung der auf der Liegenschaft befindlichen Unternehmung als die partielle umfaßt und aus den Erträgnissen der einheitlichen Verwaltung nur zwei Verteilungsmassen zu bilden sind, ist in dieser allgemeinen Form nicht richtig (vgl. Ohmeyer, S. 52, N. 131).

[31]) Für das deutsche Recht, das die Zwangsverwaltung eines Unternehmens nicht kennt, ist dieses Auskunftsmittel von vorneherein ausgeschlossen, daher die im Texte aufgeworfene Frage von besonderer Wichtigkeit. Vgl. hierüber Matthiessen, Befugnis des Zwangsverwalters zur Fortsetzung oder Einrichtung eines Gewerbebetriebes auf dem Grundstücke des Schuldners, ZZP. 31., S. 315 ff.; Schultzenstein, Über die Befugnis des Zwangsverwalters und des Konkursverwalters zum Gewerbebetriebe statt des Schuldners, ZZP. 33., S. 447 ff. Beide Schriftsteller nehmen — in der Formulierung nicht übereinstimmend — gegen Jäckel (Das Reichsgesetz über Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung[2], S. 540), der den Zwangsverwalter auch zur Ausübung eines mit dem Grundstücke verbundenen Gewerbes für befugt erachtet, an, daß der Verwalter kein anderes Gewerbe ausüben dürfe, als dasjenige, dessen Inhalt in der Ausnützung des Grundstückes besteht. Das Auskunftsmittel, daß der betreibende Gläubiger gleichzeitig die Zwangsverwaltung des Unternehmens begehrt, versagt übrigens auch für das österr. Recht dann, wenn das Unternehmen, das auf der zu verwaltenden Liegenschaft betrieben wird, gemäß § 341, Abs. 1 EO. der Exekution entzogen ist.

[32]) Vgl. Matthiessen a. a. O., S. 327.

Digitized by Google

nötigen körperlichen Sachen, Maschinen, Geräte, Waren usw. zulässig ist, wird von Schubert-Soldern (S. 418) unter Hinweis auf § 103 EO. verneint; § 103 EO. schließt jedoch, wie Ohmeyer, S. 53, mit Recht einwendet, nur eine abgesonderte Exekution auf die Erträgnisse während der Dauer der Zwangsverwaltung aus. Andrerseits läßt sich die Bejahung der aufgeworfenen Frage nicht einfach mit R. Pollak (Zwangsverwaltung, S. 9) damit begründen, daß § 252 EO., der das Zubehör einer Liegenschaft, eines Schiffes, eines Bergwerkes, und Art. XI EinfG. zur EO., der das Zubehör bestimmter Unternehmungen der abgesonderten Exekution entzieht, keine analoge Anwendung zulassen. Denn nicht darum handelt es sich, ob auf die einzelnen, zum Betriebe des Unternehmens nötigen Gegenstände eine abgesonderte Exekution überhaupt zulässig ist, sondern ob sie zulässig ist, trotz der bezüglich des Unternehmens selbst eingeleiteten Exekution. Für die Entscheidung dieser Frage sind nachstehende Gesichtspunkte maßgebend: Durch Einleitung der Zwangsverwaltung oder der Zwangsverpachtung erwirbt der betreibende Gläubiger an dem Exekutionsobjekte, dem Unternehmen, ein Befriedigungsrecht. Eine Erörterung über die bestrittene[33]) rechtliche Natur dieses Rechtes kann unterbleiben; so viel kann als feststehend angesehen werden, daß es sich um ein an dem Exekutionsobjekte selbst bestehendes, freilich in seiner Dauer auf die Dauer des Exekutionsverfahrens beschränktes Recht handelt. Das Befriedigungsrecht erstreckt sich wie jedes andere an einem Gegenstande bestehende Recht auch auf dessen Zubehör,[34]) daher wird auch das Zubehör des Unternehmens von diesem Rechte ergriffen. Eine abgesonderte Exekution auf Teile dieses Zubehörs würde einen Eingriff in das am Unternehmen bestehende Befriedigungsrecht des betreibenden Gläubigers bilden, wenn diese Exekution zu einer Lösung des Pertinenzverbandes führt. Die Rechtslage ist die gleiche wie diejenige, die sich nach den früheren deutschen Partikularrechten ergeben hat, wenn nach erfolgter Beschlagnahme eines Grundstückes eine an sich nicht ausgeschlossene

[33]) Literatur bei R. Pollak, Zivilpr., § 146.

[34]) Darin, daß die Pertinenz von dem rechtlichen Schicksal der Hauptsache mitergriffen wird, liegt ja die wesentlichste Wirkung der Pertinenzeigenschaft. (Kohler, Pertinenzen, Iherings J., 26., S. 83 ff.) Die an der Hauptsache bestehenden Rechte erstrecken sich, ob sie mit Willen oder gegen den Willen des Eigentümers entstehen, auch auf die Pertinenzen. Vgl. auch R. Pollak, Zivilpr., S. 725, 759, der darauf hinweist, daß der Grundsatz der Totalvinculation, nach dem das Pfandrecht sich auf die Akzessionen und Pertinenzen erstrekt, auch für das an einer Liegenschaft durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung entstehende Befriedigungsrecht gilt.

Digitized by Google

Pfändung einer mobiliaren Pertinenz erfolgte.[35]) Der Richter kann freilich nicht die Bewilligung der Exekution auf einen Gegenstand ablehnen, weil er Zubehör eines in Zwangsverwaltung oder Zwangsverpachtung befindlichen Unternehmens ist; aber der betreibende Gläubiger, zu dessen Gunsten die Zwangsverwaltung oder Zwangsverpachtung eingeleitet ist, kann der Exekution mittels Klage nach § 37 EO. widersprechen.[36])

Die Klage ist freilich nur so lange zulässig, als die gepfändete Pertinenz durch Entfernung aus dem Betriebe des Unternehmens nicht ihre Zubehörseigenschaft verloren hat. Der erwähnten Klage des betreibenden Gläubigers steht § 258 EO. nicht entgegen. Der betreibende Gläubiger ist nicht als Dritter anzusehen, der sich nicht im Besitze der Sache befindet, ebensowenig wie der Hypothekargläubiger bezüglich der in Exekution gezogenen mobilaren Liegenschaftspertinenzen. Eine Ausnahme von dem Gesagten besteht für Liegenschaften, die im Betriebe des in Exekution gezogenen Unternehmens verwendet werden. Dieser Begriff des Unternehmenszubehör ist allerdings auch auf sie anwendbar und die Verstrickungswirkung bezieht sich auch auf sie; durch die Einleitung der Zwangsverwaltung des Unternehmens werden ja auch die zum Betriebe des Unternehmens nötigen Liegenschaften der Verfügung des Verpflichteten entzogen und der des Verwalters unterworfen. Trotzdem hindert das am Unternehmen bestehende Befriedigungsrecht nicht die Zwangsversteigerung einer zum Betriebe erforderlichen Liegenschaft.[38]) So lange eine

[35]) Vgl. Kohler a. a. O., S. 87.

[36]) Diese Klage würde dem Hypothekargläubiger und dem betreibenden Gläubiger, der an einer Liegenschaft durch Einleitung der Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung ein Befriedigungsrecht erworben hat, neben der Beschwerde nach § 68 EO. zustehen, wenn gegen die Vorschrift des § 252 EO. Stücke des Liegenschaftszubehörs in Exekution gezogen werden. (Vgl. Neumann, System der EO., S. 410, dagegen derselbe, Kommentar zur EO., S. 167.) Vgl. § 106 der (früheren) pr. Subhastationsordnung, der die Exekution auf bewegliche Pertinenzen einer Liegenschaft zuläßt, jedoch den Hypothekargläubigern ein Widerspruchsrecht gewährt; hiezu Kohler a. a. O., S. 87 ff.; Falkmann, Die Zwangsvollstreckung, S. 137; RG., 17., S. 371; RG., 1883, bei Gruchot, 28., S. 1166.

[37]) Auch nach geltendem deutschen Rechte, dessen ZPO. ebenfalls eine dem § 258 EO. entsprechende Bestimmung enthält, kann der Hypothekar- oder Beschlagnahmegläubiger einer Exekution auf bewegliche Sache, auf die sich seine Hypothek oder sein Beschlagnahmerecht mit erstreckt, gemäß § 771 DZPO. (entsprechend dem § 37 EO.) widersprechen (vgl. Gaupp-Stein zu § 771, II., 1a; Krech-Fischer, Die Gesetzgebung, betreffend die Zwangsvollstreckung ins unbewegliche Vermögen, S. 218).

[38]) Die Zwangsversteigerung einer solchen Liegenschaft führt zwar nicht unmittelbar zu einer Lösung des Pertinenzverbandes, der Ersteher ist aber

Digitized by Google

Liegenschaft im Eigentume des Verpflichteten steht und diesen grundbücherlich zugeschrieben ist, bildet sie für dessen Gläubiger ein Exekutionsobjekt.

Verschieden von der Frage, welche Rechtsmittel dem betreibenden Gläubiger gegen eine vollzogene Exekution auf das Zubehör eines in Exekution gezogenen Unternehmens zustehen, ist die Frage, ob der Verwalter oder Zwangspächter gegen eine solche Exekution auf mobilare Pertinenzen nicht gemäß § 262 EO. Einspruch erheben kann. Bezüglich des Pächters ist die Frage zweifellos zu bejahen, denn er hat die Gewahrsame an allem Zubehör des Unternehmens.[39]) Auch bezüglich des Verwalters ist die Frage mit Ohmeyer, S. 53 und Schubert-Soldern (S. 59) gegen R. Pollak (Zwangsverwaltung, S. 42), zu bejahen, u. zw. ohne Rücksicht darauf, ob man den Verwalter als gesetzlichen Vertreter des Verpflichteten ansieht oder nicht;[40]) auch im ersten Falle würde der Verwalter die Gewahrsame nicht im Interesse des Verpflichteten, wenigstens nicht allein in dessen Interesse ausüben; er vertritt bei Ausübung der Gewahrsame ein vom Interesse des Verpflichteten verschiedenes rechtliches Interesse und deshalb ist seine Gewahrsame nicht der Gewahrsame des Verpflichteten (§ 262 EO.), wie etwa die eines vom Verpflichteten bestellten Geschäftsführers, eines Vormundes oder Kurators des Verpflichteten, gleichzuachten.

Aus dem Betriebe des Unternehmens durch den Verwalter wird der Verpflichtete berechtigt und verpflichtet.[41]) Der Verpflichtete bleibt daher Unternehmer, und wenn der Betrieb des verwalteten Unternehmens die Kaufmannseigenschaft verleiht, Kaufmann. Denn Kaufmann ist derjenige, der aus einem bestimmten Gewerbebetrieb berechtigt und verpflichtet wird.[42]) Nur aus der Fortdauer der Kaufmanns-

---

nicht gehalten, den Betrieb des Unternehmens auf der Liegenschaft weiter zu dulden; ob er die Liegenschaft dem Verwalter zum Weiterbetriebe des Unternehmens mietweise überlassen will, hängt von seinem freien Belieben ab.

[39]) So auch Ohmeyer, S. 53.

[40]) Vgl. die folgenden Ausführungen im Texte.

[41]) Das Subjekt der Rechte und Verbindlichkeiten, die aus den vom Zwangsverwalter in Ausübung der Verwaltung geschlossenen Geschäften entstehen, der Verpflichtete ist, wird heute ziemlich allgemein zugegeben (vgl. Peiser, Die Zwangsverwaltung von Grundstücken; Jäckel, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, § 152, N. 1, R. Pollak, Zwangsverwaltung, S. 35, Zivilprozeß, S. 772), auch von denjenigen, die die Auffassung, daß der Verwalter Vertreter des Verpflichteten ist, verwerfen (vgl. Ohmeyer, Hypothek und Zwangsverwaltung, GZ. 1905, S. 269, N. 51).

[42]) Vgl. Staub, Anm. 15 ff. zu § 1: Eine Beschränkung der Haftung des Verpflichteten auf das Verwaltungsobjekt ist im Gesetze nicht aus-

Digitized by Google

eigenschaft ist der im § 342 EO. vorausgesetzte Fortbestand der Firma[43]) des Verpflichteten zu erklären. Dem Firmenrecht muß die Kaufmannseigenschaft einer bestimmten Person entsprechen; der Verwalter ist nicht Kaufmann, folglich muß es, wenn man von der jeder gesetzlichen Grundlage entbehrenden Personifizierung der Verwaltungsmasse absieht, der Verpflichtete sein. Die Kaufmannseigenschaft des Verpflichteten qualifiziert nicht nur die vom Verwalter in Ausübung der Zwangsverwaltung vorgenommenen Rechtshandlungen, sie beeinflußt auch rechtlich die Rechtshandlungen, die der Verpflichtete außerhalb des ihm verschlossenen Betriebes des verwalteten Unternehmens vornimmt; so kann der Verpflichtete aus einem während der Zwangsverwaltung geschlossenen (absoluten) Handelsgeschäfte vor dem Handelsgerichte belangt werden; auf ein von ihm mit einem anderen Kaufmann geschlossenes Handelsgeschäft findet § 14 WuchG. Anwendung. Trotzdem aus dem Satze, daß die im Betriebe des verwalteten Unternehmens vom Verwalter im Rahmen seiner Gestionsbefugnis vorgenommenen Rechtshandlungen den Verpflichteten berechtigen und verpflichten, noch nicht folgt, daß der Verwalter Stellvertreter des Verpflichteten ist,[44]) muß der Verwalter als Stellvertreter im Gewerbebetriebe des Verpflichteten, den er allerdings nicht bloß im Interesse des Verpflichteten auszuüben hat, angesehen werden. Er übt ja auch den Gewerbebetrieb kraft der dem Verpflichteten zustehenden gewerberechtlichen Befugnis aus; er handelt unter der weiterbestehenden Firma des Verpflichteten. Tritt in der Person des Verpflichteten ein Umstand ein, der die Zurücknahme der Gewerbeberechtigung zur Folge hat, so kann die Gewerbebehörde durch Ein-

---

gesprochen (vgl. R. Pollak und Ohmeyer a. a. O.) würde übrigens der Fortdauer der Kaufmannseigenschaft nicht im Wege stehen, denn der Umstand, daß jemand aus dem Betriebe eines Gewerbes nur beschränkt (mit einem bestimmten Objekte oder bis zu einem bestimmten Betrage) haftet, steht seiner Kaufmannseigenschaft nicht entgegen (a. M. Staub, Anm. 18 zu § 1). Der Reeder kann Kaufmann sein, trotzdem er für gewisse Geschäfte nur mit Schiff und Fracht haftet. De lege ferenda wurde sogar die Frage erwogen, ob es einem Einzelkaufmann nicht gestattet werden soll, seine Haftung im voraus auf eine bestimmte Summe zu beschränken (vgl. Speiser, Die Kapitaleinlage des Kollektivgesellschafters, Z. für schweizerisches Recht, 31, S. 344).

[43]) Änderungen in der (ursprünglichen) Firma des Verpflichteten, die durch Änderung seines Namens nötig werden (vgl. Staub, österr. Ausgabe,[2] § 1 zu Art. 16), müssen auch während der anhängigen Zwangsverwaltung im Handelsregister durchgeführt werden.

[44]) Vgl. Fischer-Schäfer a. a. O., S. 468, Ohmeyer, GZ. 1905, S. 262, S. 30.

Digitized by Google

stellung des Betriebes die Fortsetzung der Zwangsverwaltung hindern.[45, 46])

Dagegen ist die sogenannte Heimsagung oder Zurücklegung des Gewerbes seitens des Verpflichteten auf den Fortgang der Zwangsverwaltung bis auf eine Ausnahme ohne Bedeutung.[46a]) Das Wesen der Gewerbezurücklegung besteht nicht in den Verzicht auf ein subjektives Recht, sondern in der Erklärung, eine Tätigkeit nicht mehr auszuüben, zu der man entweder kraft Erfüllung der allgemeinen ge-

[45]) Vgl. Schultzenstein, ZPO., 33, S. 489 ff.; R. Pollak, Zwangsverwaltung, S. 13. Mit dem Tode des Verpflichteten erlischt freilich dessen Gewerberecht. Dieser Umstand hat aber angesichts des § 56, vorletzter Abs., GewO. nicht die Beendigung der Zwangsverwaltung zur Folge. Wohl aber ist Bedingung für die Fortsetzung der Zwangsverwaltung die Einbringung einer Erbserklärung oder die Bestellung eines Nachlaßkurators (§ 34 EO). Der Verwalter des Unternehmens kann zwar auch als solcher bestellt werden, ist es aber an sich noch nicht.

[46]) Auch Beschränkungen des Verpflichteten in seiner privatrechtlichen Rechtsfähigkeit könnte auf die Gültigkeit der vom Verwalter vorgenommenen Rechtshandlungen von Einfluß sein. So konnte der Zwangsverwalter der Liegenschaft eines aktiven Offiziers im Betriebe der Zwangsverwaltung keinen Wechsel ausstellen. Die gegen die Annahme, daß der Konkursmasseverwalter und Zwangsverwalter als Stellvertreter des Kridatars oder Verpflichteten anzusehen ist, angeführte Argumente, daß diese Personen Ansprüche erheben können, die der Eigentümer des verwalteten Vermögens nicht erheben kann (Anfechtungsansprüche, Geltendmachung von bezahlten oder zedierten Forderungen), und daß die Disposition des Verwalters oft über das dem Verpflichteten am Verwaltungsobjekte zustehende Dispositionsrecht hinausgeht (vgl. Fischer-Schäfer, Ohmeyer a. a. O.) beweisen nur, daß sich die Rechtsstellung des Konkursmasseverwalters und Zwangsverwalters nicht in der Vertretung des Kridatars oder Verpflichteten erschöpft. Die erwähnten Umstände lassen sich, ohne in Widerspruch mit der Vertretungstheorie zu kommen, erklären. (Vgl. bezüglich der Anfechtungsansprüche R. Pollak, Konkursrecht S. 136 ff.; Wilmowsky, Die deutsche Reichskonkursordnung, S. 25; vgl. auch Petschek, Die Zwangsvollstreckung in Forderungen, S. 147), während die Rückwirkung der gewerberechtlichen Befugnis des Verpflichteten auf die Tätigkeit des Verwalters und der Gebrauch der Firma des Verpflichteten durch den Verwalter eine andere Erklärung als die Annahme einer Stellvertretung nicht zuläßt. In neuerer Zeit haben unter anderen die Ansicht, daß der Zwangsverwalter Vertreter des Verpflichteten ist, vertreten: Hupka, Vollmacht, S. 3 ff.; R. Pollak, Zivilpr., S. 770; Peiser a. a. O., S. 103; Jäckel, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung,[2] S. 537.

[46a]) A. M. Schultzenstein a. a. O., S. 490, R. Pollak, Zwangsverwaltung, S. 19, wie Text Schubert-Soldern, S. 439, N. 8 aber mit unzutreffender Berufung auf § 99 EO. Denn das Verbot im Sinne des § 99 EO., schränkt das rechtliche Dürfen nicht das rechtliche Können des Verpflichteten ein.

Digitized by Google

setzlichen materiellen und formellen Voraussetzungen[46b]) oder kraft einer besonderen, vom freien Ermessen der Behörde erteilten Erlaubnis[46c]) befugt ist. Diese Erklärung ist solange ganz unerheblich, solange der Erklärende nicht verhindern kann, daß diese Tätigkeit von einem anderen in seinem Namen ausgeübt wird; ein Verzicht auf eine persönliche rechtliche Fähigkeit ist unmöglich und ein Verzicht auf Betätigung dieser Fähigkeit wirkungslos, wenn sie von einem nicht nach Willkür zu beseitigenden Stellvertreter ausgeübt wird. Die Gewerbezurücklegung ist nicht eine Dispositiverklärung, sondern die Anzeige einer Tatsache.[46d]) Die angedeutete Ausnahme betrifft jene konzessionspflichtigen Gewerbe, bei denen bei Verleihung der Konzession auf den Lokalbedarf Bedacht zu nehmen ist. Durch eine solche, mit einer Art gewerblichen Monopol verbundenen Konzession, hat der Beliehene ein Recht vermögensrechtlichen Inhaltes, das auch im beschränkten Umfange rechtliche Verkehrsfähigkeit[46e]) genießt. Solange dieses Recht nicht selbst in Exekution gezogen ist — was in der Praxis immer bei Exekutionen auf Unternehmungen, die auf Grund

---

[46b]) Zu letzteren gehört auch die Gewerbeanmeldung, diese hat keine andere rechtliche Bedeutung als die in § 10 PreßG. vorgeschriebene Verständigung von der Herausgabe einer periodischen Druckschrift.

[46c]) Die eine bloße Formalität darstellende Anmeldung eines freien oder handwerksmäßigen Gewerbes ist denn doch etwas von der Erteilung der Konzession sachlich so verschiedenes, daß es dogmatisch kaum einen Gewinn bedeutet, wenn man die Anmeldung der Konzessionserteilung deshalb rechtlich gleichstellt, weil beide die Gewerbefugnis zur Entstehung bringende rechtserzeugende Handlungen darstellen (so Kulisch, System des österr. Gewerberechtes, I, S. 269, Mataja, Grundriß des Gewerberechtes, S. 16 u. a. m.).

[46d]) Vgl. in dem sich auch auf konzessionspflichtige Gewerbe beziehenden § 133, lit. b die Worte „bei angezeigter Zurücklegung des Gewerbes"; nicht entgegensteht, § 144, Abs. 6 GewO., der eine Bestimmung darüber enthält, in welchem Zeitpunkte die Zurücklegung eines Gewerbes wirksam wird. Die Erörterung der Konsequenzen, die sich aus der im Texte mitgeteilten Auffassung ergeben, würde zu weit führen. Die Frage, ob der Verzicht einen Erlöschungsgrund des Gewerberechtes bildet, ist auch in der deutschen verwaltungsrechtlichen Literatur eine strittige. (Vgl. Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbekonzession, S. 89; Georg Meyer, Lehrb. des deutschen Verwaltungsrechtes, I., S. 81; Landmann-Rohmer, Komm. zur Gewerbeordnung[5], I., S. 457), wird aber nur bezüglich der aus einer erteilten Konzession fließenden gewerblichen Befugnis aufgeworfen.

[46e]) Entgeltliche Überlassung der Ausübung nach (Verpachtung) ist als zulässig und rechtswirksam anerkannt. Der wirtschaftliche Erfolg einer entgeltlichen Überlassung des Rechtes selbst ist durch die bekannte Konnivenz der Gewerbebehörden möglich gemacht. Für diese Konnivenz der Behörden, die in der Regel die erledigte Konzession demjenigen verleihen, zu dessen Gunsten die Rücklegung erfolgt ist, läßt sich ebensowenig ein wirtschaftlich oder ethisch zu rechtfertigender Grund finden, wie für die gesetzliche Be-

Digitized by Google

derartiger Konzessionen betrieben werden, der Fall ist — kann der Verpflichtete dieses Recht der Ausübung nach übertragen, auf dieses Recht verzichten. In der Rücklegung einer solchen Konzession liegt ein wirklicher Rechtsverzicht.

Der Verpflichtete bleibt Kaufmann, solange die Zwangsverwaltung über sein Handelsgeschäft anhängig ist. Die Fortdauer der Kaufmannseigenschaft ist von seinem Willen unabhängig. Seine Erklärung, nicht mehr Kaufmann sein zu wollen, entbehrt jeder rechtlichen Bedeutung und deshalb ist das, die Erklärung, kein Handelsgewerbe mehr zu betreiben, enthaltende Ansuchen des Verpflichteten, um Löschung seiner Firma, vom Registerrichter zurückzuweisen. Der Registerrichter weiß aus der Anmerkung der Zwangsverwaltung, daß der Verpflichtete noch Kaufmann ist, daß seine Erklärung, kein Handelsgewerbe mehr zu betreiben, eine unwahre ist, daß der Verpflichtete seinen Willen, kein Handelsgewerbe mehr zu betreiben, gar nicht ausführen kann.[47]) Aus diesen Gründen ist das Ansuchen des Verpflichteten, dessen Geschäft sich in Zwangsverwaltung befindet, zurückzuweisen, nicht wie der OGH. bei Links 6912 ausführt, weil das Recht an der Firma kein selbständiges persönliches Recht des Firmainhabers ist, sondern zu dem betreffenden Handelsgeschäfte, dessen Schicksal es teilt, gehört, daher eine Dispositionsbeschränkung bezüglich des Geschäftes sich auch auf die Firma beziehe. Aus den in diesem Erkenntnisse angeführten, bezüglich der Firma nicht zutreffenden Gründen, mußte aber ein Gesuch des Verpflichteten, dessen Geschäft sich in Zwangsverwaltung befindet, um Löschung seiner Marke zurückgewiesen werden. Die Marke teilt, was von der Firma mit Unrecht behauptet wurde, das rechtliche Schicksal des Unternehmens, für das sie registriert ist (§ 9 MarkG.). Kann der Markenberechtigte über sein Unternehmen nicht verfügen, so kann er auch nicht über sein Markenrecht verfügen. § 9, Abs. 2 MarkG. sieht, was freilich juristisch nicht richtig ist, in der Fortführung des Unternehmens auf Rechnung der Konkursmasse einen Wechsel im

stimmung, nach der die Verpachtung der Konzession zugelassen ist. Es ist nicht abzusehen, warum die Behörde dem ersten Erwerber der Konzession ein entgeltlich verwertbares Vermögensrecht schenken soll!

[47]) Auf die Frage, wie weit Prüfungsrecht und Prüfungspflicht des Registerrichters bezüglich der erstatteten Anmeldungen geht, soll hier nicht näher eingegangen werden. Schränkt man aber die Prüfung des Registerrichters noch so sehr ein (vgl. die eingehenden aber nicht zu billigenden Ausführungen von B. Mayer, Grünhuts Z. 32, S. 263 ff.), so kann doch unmöglich angenommen werden, daß der Richter eine Tatsache, nämlich die Tatsache, daß der Verpflichtete unter seiner zu löschenden Firma kein Handelsgewerbe mehr betreibt, beurkunden könne oder müsse, deren Unrichtigkeit ihm aus dem Inhalte des Handelsregisters selbst bekannt ist.

Digitized by Google

Besitze des Unternehmens.[48]) Das Gesetz, dessen Wortlaut zu der irrigen Annahme verleiten könnte, daß im Falle der Fortführung eines Unternehmens auf Rechnung der Konkursmasse der Kridatar nicht mehr Subjekt des an dem Unternehmen klebenden Markenrechtes ist, enthält jedenfalls die Norm, daß in dem erwähnten Falle der Kridatar bezüglich des Markenrechtes nicht mehr verfügungsberechtigt ist. Diese Norm ist auf den Fall der Zwangsverwaltung analog anzuwenden. Zur Klage wegen Eingriffe in das Firmen-[49]) und Markenrecht und dem Rechte an anderen Unternehmenskennzeichen ist der Verwalter und ausschließlich dieser befugt. Die Geltendmachung von Ansprüchen aus solchen Eingriffen begründet zwar keine Verfügung über das Verwaltungsobjekt[50]), aber eine in den Betrieb des verwalteten Unternehmens fallende, daher dem Verwalter ausschließlich zustehende Handlung.

Die Zwangsverwaltung des Unternehmens einer offenen Handelsgesellschaft nimmt den im Art. 123 HGB. aufgezählten Auflösungsgründen nicht ihre Wirkung, sondern hemmt nur den Eintritt dieser Wirkung. Solange nämlich die Zwangsverwaltung dauert, bleibt bezüglich des verwalteten Unternehmens die Rechtsgemeinschaft der Gesellschaften bestehen.[50a]) Nach Beendigung der Zwangsverwaltung zeigt sich die Wirkung des Auflösungsgrundes darin, daß mangels einer entgegenstehenden Vereinbarung jeder Gesellschafter ein Recht auf die im Gesetze dispositiv angeordnete Liquidation des Gesellschaftsvermögens hat. Solange die Zwangsverwaltung dauert, bleibt — was bei der Liquidation nicht immer der Fall ist — die Kaufmannseigenschaft der Gesellschaft und der Gesellschafter trotz eingetretenen Auflösungsgrundes bestehen, denn im Namen der Gesellschafter wird ein Handelsgewerbe betrieben.[50b])

---

[48]) Die Konstruktion, daß im Falle eines Konkurses oder einer Zwangsverwaltung eine Sukzession in das von der Beschlagnahme ergriffene Vermögen stattfindet, kann heute als vollständig aufgegeben bezeichnet werden (vgl. Ohmeyer, Hypothek und Zwangsverwaltung, GZ. 1905, S. 268).

[49]) Wird durch den unbefugten Gebrauch einer Firma bloß ein Namensrecht des Verpflichteten verletzt (vgl. Em. Adler, Das Recht am Namen, Grünhuts Z. 31, S. 22 ff.) so ist zur Klage nach Art. 27 HGB. der Verpflichtete und dieser allein befugt.

[50]) Vgl. Kent, Das RG. zum Schutze des Warenzeichens, S. 290.

[50a]) Vgl. statt aller Lastig, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften.

[50b]) Die Zwangsverpachtung des Unternehmens einer offenen Handelsgesellschaft dagegen bewirkt deren Auflösung (vgl. § 10, N. 10a). Die rechtliche Stellung des Verpflichteten im Verpachtungsverfahren nehmen die ehemaligen Gesellschafter als Miteigentümer des verpachteten Unternehmens ein.

Digitized by Google

Ein anderes als das an die Dauer des die unmittelbare Befriedigung bezweckenden Verwaltungs- oder Verpachtungsverfahrens gebundene, mit der Einleitung dieses Verfahrens entstehende und mit der Beendigung dieses Verfahrens erlöschende Befriedigungsrecht kann an einem Unternehmen im Exekutionswege nicht begründet werden. Das Unternehmen ist kein Gegenstand des exekutiven Pfandrechtes.[51]) Es läßt sich zugeben, daß die wörtliche Auslegung der Worte des § 341 EO. „Auf gewerbliche Unternehmungen — — kann die Exekution auf Antrag durch Zwangsverwaltung (§ 334) oder durch Verpachtung (§ 340) geführt werden — —“ an sich auch der Auslegung Raum läßt, daß mit den Bestimmungen der §§ 341 ff. EO. bloß Bestimmungen über die Verwertung von Unternehmungen, die ja nach dem Systeme des Gesetzes auch unter die in der 4. Abteilung des 2. Abschnittes behandelten „Anderen Vermögensrechte“ fallen, gegeben werden, im übrigen aber die §§ 330 ff., soweit sie nicht bloß Verwertungsvorschriften enthalten, auf die Exekution auf Unternehmungen Anwendung finden. Der Wortlaut der Marginalrubrik zu §§ 341 ff. (verb: Exekution) bildet keinen Beweis gegen die Richtigkeit dieser Ansicht.[52]) Sie läßt sich freilich ebensowenig mit dem Hinweise begründen, daß die erläuternden Bemerkungen zur Reg.-Vorlage (Mot., I., S. 570) erwähnen, daß zur Einleitung der Exekution das Verbot im Sinne des § 331 EO. genügt.[53]) Die Ansicht, daß das Verfügungsverbot des § 331 EO. bei einer Exekution auf Unternehmungen nicht zur Anwendung gelangt, stützt sich auf die Erwägung, daß dieses Verbot mit Rücksicht auf die Wirkungen, die es hervorbringt, nur bei Rechten ein geeignetes Exekutionsmittel bildet und daß das Unternehmen eben kein Recht ist. Es hat mit den anderen nicht zu den Forderungen gehörenden Rechten gar keine

---

[51]) Schubert-Soldern, S. 416; R. Pollak, Zwangsverpachtung, N. 3; Fischböck, GZ., 1902, S. 282; Ohmeyer, S. 66; dagegen Neumann, Komm., S. 931. Die Praxis schwankt (vgl. die bei Ohmeyer, S. 127, mitgeteilten Entscheidungen).

[52]) In der Reg.-Vorl. stand der von der Verwertung von Urheberrechten handelnde § 343 auch unter der Marginalrubrik „Exekution auf Urheberrechte“. Trotzdem konnte kein Zweifel bestehen, daß mit dieser Bestimmung bloß die Verwertung gepfändeter Urheberrechte geregelt werden sollte, die Pfändung selbst aber nach § 331 zu erfolgen hatte.

[53]) Mit der Bejahung der Frage, ob § 331 EO. auf die Exekution auf Unternehmungen anwendbar ist, wäre freilich die Frage, ob die gemäß § 331 EO. erfolgte Pfändung überhaupt ein exekutives Pfandrecht erzeugt, noch nicht beantwortet. Sicher aber ist, daß die Unanwendbarkeit des § 331 EO. auf Unternehmungen zu dem Ergebnisse führen muß, daß an einem Unternehmen ein exekutives, in seiner Existenz von der Dauer des Befriedigungsverfahrens unabhängiges Pfandrecht nicht bestehen kann.

Digitized by Google

Ähnlichkeit, die die Anwendung eines und desselben Exekutionsmittels zur Herbeiführung der Verstrickungswirkung rechtfertigen könnte. Die ganz verschiedene Natur der in der 4. Abteilung des 2. Abschnittes, in den §§ 330 bis 340 einerseits und in den §§ 341 ff. andrerseits erwähnten Exekutionsobjekte spricht von vorneherein für die Annahme, daß die Exekution auf alle diese Objekte durch ein gleiches Exekutionsmittel eingeleitet werden soll.[54])

Das an den Verpflichteten gerichtete Verbot, sich jeder Verfügung über das Exekutionsobjekt zu enthalten, ist zur Herbeiführung einer Verstrickungswirkung nur bei Rechten geeignet, nur bei diesen können die Verstrickungswirkungen durch bloß ideelle Maßregeln, wie Verfügungs- und Leistungsverbot erreicht werden[55]) und äußert sich bei ihnen darin, daß der Verpflichtete das in Exekution gezogene Recht mit Wirksamkeit gegen den betreibenden Gläubiger nicht aufgeben und nicht übertragen kann. Die erste Wirkung, wodurch der Bestand des Exekutionsobjektes von Handlungen des Verpflichteten unabhängig gemacht wird, kann infolge bloßen Verfügungsverbotes bei Unternehmungen nicht eintreten. Das Gesetz kann zwar an das Verfügungsverbot die Wirkung knüpfen, daß die Zurücklegung der durch die Zustellung dieses Verfügungsgebotes an den Verpflichteten gepfändeten Gewerbekonzession als nicht oder wenigtens als dem betreibenden Gläubiger gegenüber nicht erfolgt gilt; es kann aber nicht hindern, daß der Verpflichtete, trotz Verbotes, über sein Unternehmen zu verfügen, die vorhandene Organisation auflöst, die Gehilfen entläßt oder überhaupt aufhört, das Unternehmen zu betreiben und damit das Exekutionsobjekt zum Schwinden bringt.[56]) Die zweite Wirkung

[54]) Die Überschrift der 4. Abteilung des 2. Abschnittes soll richtiger lauten: „Exekution auf andere Vermögensobjekte". Für die Einreihung so verschieden gearteter Rechtsobjekte unter eine unter einem gemeinsamen Namen zusammengefaßte Gruppe von Exekutionsobjekten ist ja auch nicht der Gedanke eines diesen Objekten gemeinsamen, die Art des exekutiven Zugriffes bestimmenden Merkmales, sondern bloß die negative Tatsache maßgebend gewesen, daß diese Objekte unter keine der im Systeme der Exekutionsordnung aufgezählten Gruppen von Exekutionsobjekten einzureihen sind.

[55]) Vgl. hiezu Petschek, Die Zwangsvollstreckung in Forderungen, S. 128; ferner Mathes, Die Beschlagnahme nach Wesen, Art und Wirkung (1903), § 19.

[56]) Man wende nicht ein, daß die bloße Tatsache, daß dem Verpflichteten derartige Handlungen verboten sind, doch auch eine gewisse, wenn auch nur tatsächliche Wirkung zu Gunsten des betreibenden Gläubigers äußern wird. Das Verbot des § 331 EO. ist kein wirkliches Verbot (vgl. übrigens Petschek a. a. O., S. 139 a. E.), nicht das rechtliche Dürfen, sondern das rechtliche Können des Verpflichteten wird beschränkt. Dem Verpflichteten ist nicht verboten, auf das gepfändete Mitgliedschaftsrecht zu verzichten

Digitized by Google

der Verstrickung, daß nach Zustellung des Verfügungsverbotes der betreibende Gläubiger Befriedigung aus dem gepfändeten Rechte gegen jeden Rechtsnachfolger des Verpflichteten suchen kann, könnte begrifflicher Weise auch bei Unternehmungen eintreten, hätte jedoch hier eine ganz andere Tragweite. Ein Rechtszustand, wie er bei Rechten durch Zustellung des Verfügungsgebotes geschaffen wird, hat nichts Bedenkliches an sich. Wie der dritte Erwerber eines Rechtes, der Behauptung des Verpflichteten, daß ihm das zu übertragende Recht zusteht, auf seine Gefahr traut, so muß er auch die Gefahr tragen, daß der Verpflichtete ihm ein an dem übertragenen Rechte bestehendes Pfandrecht verschweigt. Anders bei einem Unternehmen: Das Recht des Verpflichteten am Unternehmen kommt dem Verkehre gegenüber dadurch zur Erscheinung, daß der Verpflichtete das Unternehmen betreibt. Das Vertrauen auf diesen äußeren Tatbestand ist des Schutzes gerade so würdig wie das vom Gesetze geschützte Vertrauen, daß dem Besitze einer körperlichen Sache auch das Recht an der Sache entspricht. Das im österreichischen Privatrechte in so weitem Umfange zum Ausdrucke gebrachte Publizitätsprinzip verwirklicht die Exekutionsordnung durch Anpassung der die gegen Dritte wirksame Verstrickung erzeugenden Exekutionsmittel an die Beschaffenheit des Exekutionsobjektes unter Berücksichtigung des Vorliegens und der Natur eines der rechtlichen Zuständigkeit entsprechenden, dem Verkehre gegenüber zur Erscheinung gelangenden tatsächlichen Zustandes. Liegt dieser Tatbestand außerhalb des Exekutionsobjektes selbst, so ist eine Veränderung in diesem Tatbestande zur Erzeugung der Verstrickungswirkung erforderlich (Eintragung ins Grundbuch, ins Patentregister); besteht der dem Rechte entsprechende tatsächliche Zustand in einem äußerlichen tatsächlichen Verhältnis des Verpflichteten zum Exekutionsobjekte, so ist zur Hervorbringung der Beschlagnahmewirkung gegenüber Dritten, wenigstens gegenüber redlichen Dritten, eine erkennbare Veränderung dieses Zustandes nötig: Gepfändete bewegliche Sachen müssen der Gewahrsame des Verpflichteten entzogen oder es muß die Pfändung in einer jedermann

---

oder es zu übertragen; solche Akte sind sogar gültig und wirksam, nur können sie dem betreibenden Gläubiger nicht zum Nachteile gereichen. (Vgl. die Ausführungen Petscheks a. a. O. über die bloß relative, bloß zu Gunsten des Gläubigers bestehende Unwirksamkeit der Verfügungen des Verpflichteten über die gepfändete Forderung). Ein an den Verpflichteten gerichtetes Verbot, alle Handlungen und Unterlassungen zu vermeiden, die zu einer Vernichtung des Unternehmens führen, wäre undenkbar; ein solches Verbot liefe auf das Gebot hinaus, das Unternehmen zu betreiben und zu einer Arbeitsleistung — die hier sogar eine persönliche Hoffnung hervorruft — ist der Verpflichtete einmal nicht verhalten.

Digitized by Google

leicht erkennbaren Weise ersichtlich gemacht werden (§ 259 EO.).[57]) Die Pfändung von Forderungen, die durch gewisse Wertpapiere selbst verbrieft sind, erfolgt durch Wegnahme des Papieres (§ 296 EO.).[58]) Nur bei solchen Vermögensobjekten, bei denen dem Rechte des Verpflichteten kein gegenüber dem Verkehre zur Erscheinung gelangender[59]) Tatbestand entspricht, wird eine Dritten gegenüber unbedingt wirksame Verstrickung durch das jeder Publizitätswirkung entbehrende Leistungs- und Verfügungsgebot erzeugt.[60]) § 331 EO.

[57]) Diese Vorschrift steht zwar nicht wie die entsprechende Bestimmung des § 808 DZPO. unter der Sanktion, daß die Unterlassung der Ersichtlichmachung den Pfandrechtserwerb hindert, aber die Außerachtlassung der Vorschrift bewirkt, daß das Pfandrecht dem dritten redlichen Erwerber der gepfändeten Sache gegenüber nicht geltend gemacht werden kann (Wellspacher, Vertrauen, S. 165, Krasnopolski, Schutz des redlichen Verkehres, S. 39, 43). Bei der durch pfandweise Beschreibung bewirkten Pfändung bücherlich nicht eingetragener Liegenschaften hat das Gesetz auf die kaum durchführbare Ersichtlichmachung der erfolgten Pfändung auf dem Exekutionsobjekte selbst verzichtet, hat aber durch die Vorschrift des § 95 EO., daß die erfolgte Pfändung kundzumachen ist, einen Ersatz für die bei bücherlich eingetragenen Liegenschaften durch die bücherliche Eintragung selbst verbürgte Publizität schaffen wollen (Mat. I., S. 173).

[58]) Über den Kreis der unter § 296 EO. fallenden Forderungen vgl. Petschek a. a. O., S. 51 ff. Wellspacher erblickt sogar in jeder Schuldurkunde einen dem Forderungsrechte entsprechenden objektiven Tatbestand (a. a. O., S. 197) und lehrt, daß das durch Zustellung des Zahlungsverbotes erworbene Pfandrecht an einer durch einen Schuldschein verbrieften Forderung dem redlichen Zessionar gegenüber nicht geltend gemacht werden kann, wenn dieser die gepfändete Forderung samt der die Pfändung nicht ersichtlich machenden Schuldurkunde erworben hat (S. 195, N. 12).

[59]) Über die Frage, ob ein Pfandrecht an Seeschiffen als beweglichen körperlichen Sachen gemäß § 253 EO. oder durch Eintragung ins Schiffregister erworben wird, vgl. Krainz-Ehrenzweig, § 273, N. 1, R. Pollak, Zivilpr., § 45, N. 3, Burkhard, Pr. R., § 160, N. 42.

[60]) Ebenso wie nicht alle Forderungen durch Zustellung des Zahlungsverbotes an den Drittschuldner gepfändet werden (§§ 296, 320 EO.), unterliegen nicht alle Rechte, die nicht zu den Forderungen und nicht zu den Gegenständen des Bergwerkseigentumes gehören, der Pfändung nach § 331 EO. Durch Aktienurkunden verbriefte Aktienrechte werden nach § 253 EO. durch Pfändung der Aktienurkunde gepfändet, während Mitgliedschaftsrechte an einer Gesellschaft m. b. H. und an einer Aktiengesellschaft, wenn sie nicht durch Aktienurkunden verbrieft sind, nach § 331 EO. gepfändet werden. (Vgl. hiezu Neukamp, Die Zwangsvollstreckung im Geschäftsanteile einer Gesellschaft m. b. H., DJZ., 1904, S. 232, Anm. 1.) Auf Kuxe wird durch Pfändung des Kuxscheines Exekution geführt; so ist m. E. die Bestimmung des Art. XXV EinfG. zur EO., daß auf Kuxe nach den Vorschriften über die Exekution auf bewegliche körperliche Sachen Exekution zu führen ist, auszulegen (vgl. R. Pollak, Zivilpr., S. 742). Patentrechte werden durch Eintragung des Pfandrechtes in das Patentregister gepfändet (R. Pollak,

Digitized by Google

ist seiner ganzen Fassung nach nur auf Rechte zu beziehen. Die Art, wie diese Bestimmung ihr Geltungsgebiet abgrenzt, daß von diesem bloß Forderungen und das Bergwerkseigentum ausgenommen werden, zeigt, daß in § 331 unter Vermögensrechten nur Rechte im technischen Sinne und keine anderen Vermögensobjekte verstanden werden. Zu dem Ergebnisse, daß das Verfügungsgebot des § 331 EO. ein bei der Exekution auf Unternehmungen unanwendbares Exekutionsmittel bildet, daß daher an Unternehmungen im Exekutionswege ein irgend eine Verstrickungswirkung hervorrufendes Recht nur durch Einleitung des Befriedigungsverfahrens und nur für die Dauer dieses Verfahrens begründet werden kann, gelangt man demnach nicht auf Grund des Wortlautes des § 341 EO. und der vor diesem stehenden Marginalrubrik, sondern auf Grund der Erwägung, daß § 331 EO. sich seinem Inhalte und Wortlaute nach nur auf Rechte, auf die in § 331 bis 340 EO. erwähnten Exekutionsobjekte bezieht, das Unternehmen aber ein von diesen Exekutionsobjekten völlig verschiedenes Exekutionsobjekt darstellt.[61])

Die Erlassung eines Verfügungsgebotes an den Verpflichteten gelegentlich der Zustellung des Beschlusses, mit dem die Exekution auf ein Unternehmen bewilligt wird, ist daher ganz zwecklos, da das Gesetz an dieses Verfügungsverbot keinerlei Rechtswirkungen knüpft.[62])

Zivilpr., S. 756). In allen diesen Fällen kommt die Zuständigkeit des Verpflichteten zu dem in Exekution zu ziehenden Rechte in einem äußeren Tatbestande dem Verkehre gegenüber zum Ausdruck. Daß auch zur Pfändung von bücherlich eingetragenen Rechten (ausgenommen Hypothekarforderungen) die Zustellung des Verfügungsgebotes an den Verpflichteten genügt (R. Pollak, Zivilpr., S. 751), ist freilich eine Anomalie, die vermutlich bloß durch ein Versehen des Gesetzgebers entstanden ist und für das deutsche Recht dadurch beseitigt erscheint, daß die Zivilprozeßnovelle vom Jahre 1898 dem entsprechenden § 857 DZPO. (früher § 754) als neuen Absatz hinzufügte: „Auf die Zwangsvollstreckung in eine Reallast, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld finden die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in eine Forderung, für welche eine Hypothek besteht, entsprechende Anwendung."

[61]) Auch die deutsche Theorie und Praxis (vgl. oben N. 1) hält durch § 857 DZPO. (Zwangsvollstreckung in andere Vermögensrechte) nicht eine Exekution auf ein Handels- oder Erwerbsgeschäft für zugelassen.

[62]) Darüber, daß das auch bei Zwangsverwaltung von Unternehmungen an den Verpflichteten zu erlassende Verbot nach § 99 EO. mit dem Verbote des § 331 EO. gar keine Beziehung hat, vgl. oben N. 56. Die Ausführungen Ohmeyers (S. 67 ff.), daß nach dem Zeitpunkte der Zustellung des Verbotes nach § 331 EO. an den Verpflichteten sich die Priorität des Befriedigungsrechtes des betreibenden Gläubigers, das dieser durch Einleitung der Zwangsverwaltung oder Zwangsverpachtung erwirbt, bestimmt, gründen sich auf die Anschauung, daß mit der Zustellung dieses Verbotes eine Beschlagnahmewirkung bezüglich des Unternehmens erzeugt wird. Ist der im Texte versuchte Beweis, daß diese

Digitized by Google

Ein Konventionalrecht an einem Unternehmen ist zwar durch die Beschaffenheit des Objektes begrifflich so wenig ausgeschlossen wie ein exekutives Pfandrecht. Jedoch kann mit zwei gleich zu erwähnenden Ausnahmen nach österr. Recht an einem Unternehmen ein vertragsmäßiges Pfandrecht nicht begründet werden, da es an einem dem für die Pfandrechtsbegründung aufgestellten Publizitätserfordernisse entsprechendem Akte fehlt.[63]) Wo ausnahmsweise ein solcher Akt möglich ist, kann auch an einem Unternehmen ein Pfandrecht bestehen. So ist das an der bücherlichen Bahneinheit (EisenbBuchG.) bestehende Hypothekarrecht ein Pfandrecht an der Eisenbahnunternehmung. Noch deutlicher tritt dies bei dem nach dem pr. Gesetze vom 8. Juli 1902 an der bücherlichen Bahneinheit durch Registereintragung erworbenem Pfandrechte hervor, da ja — wie bereits erwähnt — dieses Gesetz auch auf Eisenbahnen Anwendung findet, die bloß fremde Grundstücke zum Betriebe verwenden, daher der Gedanke eines bloßen Pfandrechtes am Eisenbahnreale völlig ausgeschlossen ist. Auch das durch die Eintragung ins Bergbuch erworbene Pfandrecht am Bergwerkseigentum ist ein Pfandrecht an dem Bergbauunternehmen (vgl. oben § 5, N. 28).

Manche Rechtsordnungen haben eigene Register geschaffen, die gleich den Hypothekenbüchern bloß den Zweck haben, die Pfand-

---

Beschlagnahmewirkung nicht eintritt, gelungen, so erübrigt sich ein Eingehen auf diese Ansicht. (Gegen dieselbe vgl. Rintelen, Jur. Vierteljahresschr. 1907, S. 173.)

[63]) Vgl. Krainz-Ehrenzweig, § 269, N. 10; Geller, ZBl. 8, S. 669. Canstein, I., S. 204 erklärt unter Hinweis auf die §§ 427, 452 ABGB. das Handelsgeschäft als einen möglichen Gegenstand der Verpfändung. Diese Paragraphen sprechen aber nur von der Verpfändung des vom Handelsgeschäfte verschiedenen Warenlagers (vgl. Behrend, S. 210, Völderndorff in Endemanns Handb., I., S. 181 ff). Vgl. zur ganzen Frage auch Landauer, Grundlagen und Systematik des neuen österreichischen Hypothekenrechtes, S. 8. Von der Verpfändung einer Handlung spricht allerdings Cod. Th., III., Kap. 7, N. 95: „Letzteren Falles hingegen bleibt das Pfandrecht noch alle Zeit bei Kräften, die Wesenheit der Sache möge vermehret oder vermindert werden, welches in allen denjenigen Fällen zu beobachten ist, da ein aus mehreren bald ab-, bald zunehmenden Teilen bestehendes Ganzes, als z. B. eine Handlung verpfändet wird, wobei das Pfandrecht sich nicht allein auf die zur Zeit des Versatzes darinnen vorhandenen, sondern auch auf die statt der verschleißenden aus den Mitteln der Handlung nachschaffende Waren erstrecket.“ Gemeint dürfte nichts anderes sein, als die Verpfändung eines Warenlagers (vgl. §§ 427, 452 ABGB.). So fassen auch Stryk (Us. mod. XX., 6, § 5) und Lauterbach (Koll. XX., 1, § 28), deren Ausführungen in der angeführten Bestimmung des Cod. Th. ziemlich wörtlich wiederkehren die zu Grunde liegende Bestimmung in der L 34 pr. D. 20, 1 (Cum tabernam debitor creditori pignori dederit . . .) auf; vgl. über die Bedeutung des Ausdruckes taberna auch Ude, Arch. Ziv. Prax., 53, S. 269 ff.

Digitized by Google

rechtsbegründung an einem Unternehmen zu ermöglichen, ohne damit das Unternehmen für den gesamten Rechtsverkehr zum Gegenstande eines bücherlichen Rechtes zu machen. So dient, wie bereits erwähnt (vgl. § 5, N. 6), das durch das Schweizer Bundesgesetz vom 19. Juni 1874 geschaffene Pfandbuch bloß der Eintragung des Pfandrechtes an einer Eisenbahnunternehmung; so schafft das französische Gesetz vom 1. März 1898 ein Register, das bloß der Eintragung des Pfandrechtes an einem fond de commerce dient.[64])

---

§ 14.

VI.

Die Passiven des Unternehmens.

Zwischen dem Unternehmen und den im Betriebe des Unternehmens begründeten Verbindlichkeiten besteht zwar ein wirtschaftlicher Zusammenhang, aber nicht anders als zwischen irgend einer körperlichen Sache und den bei deren Bewirtschaftung eingegangenen Verbindlichkeiten. Bei Zugrundelegung des hier entwickelten Begriffes des Unternehmens wäre die Frage ob die Geschäftsverbindlichkeiten zum Unternehmen gehören, geradeso widersinnig, wie die Frage, ob zu einem Hause auch die Schulden für Reinigung und Reparatur, zu einem Pferde die Schulden für Fütterung gehören. Die Gesetzgebung kann freilich, wie sie zu verschiedenen Zeiten für gewisse in Bezug auf eine Sache entstandene Verbindlichkeiten eine Haftung des jeweiligen Erwerbers der Sache normiert hat,[1]) auch einen Rechtssatz aufstellen, daß für alle oder gewisse im Betriebe eines Unternehmens entstandenen Verbindlichkeiten der jeweilige Inhaber des Unternehmens unbedingt oder unter bestimmten Voraussetzungen haftet, aber auch da gehören diese Verbindlichkeiten nicht zum Unternehmen, sie bilden nicht einen Bestandteil desselben, sondern es liegt eine an die Innehabung des Unternehmens gebundene Schuld vor.[2])

---

[64]) Auf Grund dieses Gesetzes lautet Art. 2075 des Code civile: „Tout nantissement d'un fond de commerce devra à peine de nullité vis à vis des tiers être inscrit sur un registre public . . .“ Näheres bei Stegemann, S. 79 ff.

[1]) Die Beispiele sind zahlreich. Neben den Noxalklagen des römischen Rechtes seien als Beispiele aus neuerer Zeit das gegen jeden Erwerber des Schiffes wirksame Recht der Schiffsgläubiger auf Befriedigung aus Schiff und Fracht (§ 755 DHGB.; dazu Hellwig, Verträge, S. 413), das Recht der Miteigentümer Befriedigung für gewisse Forderungen aus den Gemeinschuldverhältnissen aus dem Anteile des schuldenden Genossen gegen jeden Erwerber dieses Urteiles zu begehren (§ 755 DBGB), angeführt.

[2]) Vgl. Krainz-Ehrenzweig, § 49, Z. 4.

Digitized by Google

Die handelsrechtliche Literatur, die die Zugehörigkeit der Geschäftsschulden zum Handelsgeschäfte eingehend erörtert, legt hiebei das sogenannte Handelsgeschäft im weiteren Sinne das Handelsvermögen zu Grunde. Die Geschäftsschulden werden unter den Bestandteilen des Handelsvermögens angeführt.[3]) Man kann den Ausdruck Handelsvermögen wie das Wort Vermögen in einem doppelten Sinne gebrauchen.[4]) Man kann, wie man von einem Nettovermögen, der rechnungsmäßigen Differenz zwischen dem Werte der Aktiven einer Person und deren Schulden, spricht, auch von einem Nettohandelsvermögen sprechen und darunter jene Rechnungsgröße verstehen, die die Differenz zwischen den mit den Handelsbetriebe in Beziehung stehenden Aktiven und den im Betriebe des Handels begründeten Verbindlichkeiten ergibt, also die Summe, um die das Nettovermögen einer Person durch das Eigentum und den Betrieb eines Handelsgewerbes in einem gegebenen Zeitpunkte vergrößert oder verringert ist. Zum Handelsvermögen in diesem Sinne gehören freilich auch die Handelsschulden, aber nicht als Bestandteile einer realen Einheit,[4a]) sondern wie die Aktiven als bloße Rechnungsposten. Dieser Vermögensbegriff entspricht aber nicht dem Handelsvermögen, als dessen Bestandteile in der Literatur die Handelsverbindlichkeiten angeführt werden. In der handelsrechtlichen Literatur wird das Wort Handelsvermögen in dem anderen Sinne, in dem man vom Vermögen sprechen kann, gebraucht. Sie versteht hierunter eine reale Einheit, und erwähnt das Handelsvermögen als Gegenstand der Veräußerung, Verpachtung, Belastung.[5]) Das Vermögen in diesem Sinne kann aber nur aus Aktiven bestehen.[6]) Es ist begrifflich ganz unmöglich, zu dem Handelsvermögen in diesem Sinne auch die Handelsschulden zu rechnen. Handelsschulden kann man so wenig wie andere Schulden veräußern, man kann sie nicht verpachten, an ihnen keinen Nieß-

[3]) Gegen diese ganz allgemein verbreitete, auch bei Lehmann, S. 104 vorgetragene Auffassung vgl. Stegemann, S. 38.

[4]) Die folgenden Ausführungen des Textes stützen sich im Wesentlichen auf Birkmeyer, Über das Vermögen im juristischen Sinne; Sohm, Der Gegenstand, S. 24; Binder, I., S. 7 und Goldschmidts Z., 59, S. 36 ff.

[4a]) Auch die Motive zum Ungar. Entw. erklären die Geschäftspassiven als die negativen Bestandteile des Geschäftes.

[5]) Darauf, daß eine Rechnungsgröße nicht Gegenstand von Rechten, Rechtsgeschäften oder anderen Verfügungen sein kann, wird in der Formulierung der Gesetze nicht immer gehörig Bedacht genommen; man denke nur an die im Art. 248 HGB. erwähnte Rückzahlung des Grundkapitales.

[6]) Wo immer das Gesetz des Vermögens als Gegenstand eines Rechtes oder Rechtsgeschäftes gedenkt, ist hierunter immer nur der Inbegriff der Aktiven gemeint; vgl. Binder, I., S. 9, dazu § 95 GmbHG.: „Der Übergang des Vermögens der Gesellschaft und der Schulden."

Digitized by Google

brauch bestellen.[7]) Es ist auch juristisch ungenau von einer Übernahme eines Handelsgeschäftes mit Aktiven und Passiven zu sprechen. Die auf rechtsgeschäftlichem Willen zurückzuführende Erwerbung der Aktiven eines Geschäftes und die Haftung des Erwerbers für die Passiven, sei es gegenüber dem Veräußerer, sei es gegenüber den Gläubigern, lassen sich nicht unter einen gemeinschaftlichen juristischen Oberbegriff bringen. Ganz das Gleiche gilt von den Fällen, in denen an einen bestimmten rechtlichen Tatbestand das Gesetz den ipso jure-Erwerb aller oder gewisser Aktiven und die Haftung für alle oder gewisse Geschäftsschulden einer bestimmten Person knüpft. Der Erbe eines Kaufmann, der eine verstaatlichte Gesellschaft mit beschränkter Haftung übernehmende öffentlichrechtliche Verband, der in eine bestehende Gesellschaft eintretende Gesellschafter erwirbt nicht ein aus Aktiven und Passiven bestehendes Handelsvermögen oder einen Anteil an einem solchen, sondern er erwirbt die Geschäftsaktiven (oder einen Anteil an ihnen) und haftet für die Geschäftspassiven. In allen Fällen, in denen vom Erwerbe eines Handelsgeschäftes oder Handelsvermögens die Rede ist, kann immer nur der Erwerb der Geschäftsaktiven gemeint sein. Die Frage nach der Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäftes oder anderen Unternehmens für die Geschäftspassiven des Vorgängers muß daher richtig so formuliert werden: Inwieweit zieht der Erwerb aller oder gewisser Geschäftsaktiven die Haftung für die Geschäftspassiven nach sich.[8])

---

[7]) Vgl. hiezu Stegemann, S. 39. Delbrücks Theorie, der die Schuldübernahme als Verfügung über einen negativen Vermögensbestandteil konstruiert, kann heute als überwunden gelten (Binder, Goldschmidts Z. 59, S. 36).

[8]) Nur die eingewurzelte Ausdrucksweise, daß die Geschäftspassiven einen Bestandteil des Handelsgeschäftes bilden, kann es begreiflich machen, daß in der Literatur und Judikatur es wiederholt für notwendig befunden wurde, darauf hinzuweisen, daß der zur Fortführung einer bestehenden Firma in Art. 22 HGB. geforderte Erwerb eines Handelsgeschäftes auch dann vorliege, wenn die Geschäftspassiven vom Erwerber nicht mitübernommen werden (Staub, Anm. 6 zu § 22). — Der Versuch, die juristische Unrichtigkeit einer Ausdrucksweise darzutun, die die Geschäftspassiven neben den Geschäftsaktiven als Bestandteile des Handelsvermögens bezeichnet, hat keine bloß theoretische Bedeutung. Eine alte, heute freilich überwundene Ansicht, die in dem Erkenntnisse des Obertrib. Berlin, 1860, Busch, 12, S. 234, ausführlich entwickelt wird bei AC. 642, 724, GlU. 1235 noch deutlich zu Tage tritt (vgl. auch Dernburg, Pr. Pr. R., I., S. 125), hat auf Grund der Anschauung, daß das Handelsgeschäft ein aus Aktiven und Passiven bestehender einheitlicher Komplex ist, eine Haftung des Erwerbes des Geschäftes, richtiger der Geschäftsaktiven, auf Grund dieses Erwerbes für die Geschäftspassiven angenommen. Der Fehlschluß liegt auf der Hand: Besteht das Geschäft wirklich aus Aktiven und Passiven, so ist mit dem Erwerbe der

Digitized by Google

In der Literatur[9]) und Judikatur, die sich mit der aufgeworfenen Frage beschäftigt, werden drei Rechtsgründe angeführt, auf die die Haftung des Geschäftserwerbers zurückzuführen gesucht wird:

Geschäftsaktiven das Geschäft eben noch nicht erworben; man könnte mit dem gleichen Rechte auf Grund einer Erklärung, durch die sich jemand für die Passiven eines bestimmten Geschäftes gegenüber den Gläubigern haftbar macht, einen ipso jure-Erwerb aller Aktiven annehmen. Die Vorstellung von dem Erwerbe eines Geschäftes als eines aus Aktiven und Passiven bestehenden Komplexes ist ein begriffliches Unding. Man kann Schulden nicht erwerben, sondern nur zu deren Bezahlung verpflichtet werden (vgl. Binder, Goldschmidts Z., 59, a. a. O.). Die ganze bekämpfte Auffassung hängt mit der geläufigen aber irrigen Vorstellung zusammen, daß der Übergang der Schulden ein dem Übergange der Aktiven entsprechendes Phänomen bilde (K. Adler, ArchBürgR., 3, S. 12). Die heutigen Schriftsteller, die an der Einteilung der Bestandteile des Vermögens oder des Handelsvermögens in Aktiven und Passiven festhalten, ziehen aus dieser Anschauung nicht mehr die erwähnte Konsequenz bezüglich der Passivenhaftung. Vgl. z. B. Gierke, Deutsches Pr. R., II., S. 69. Hingegen führen die Motive zum ungar. Entw. die Haftung des Geschäftserwerbers für die Passiven des Vorgängers auf eine Universalsukzession in das aus Aktiven und Passiven bestehende, durch das Handelsgeschäft gebildete Sondervermögen zurück. Freilich steht diese grundsätzliche Auffassung des Entwurfes mit der Bestimmung des § 3 im Widerspruche, wo gesagt ist, daß eine die Haftung des Erwerbers begründende Geschäftsübertragung auch vorliegen kann, wenn das Geschäftsvermögen nicht mitübertragen wird. Nach der Auslegung der Motive wäre zur Begründung der Haftung die Fortführung des erworbenen Handelsunternehmens genügend. Wo da das Sondervermögen liegen und worin die Universalsukzession bestehen soll, ist nicht abzusehen.

[9]) Vgl. aus der den Text des derzeit in Österreich geltenden HGB. zu Grunde liegenden Literatur außer einigen älteren Abhandlungen (aus dem ersten Drittel des vorigen Jahrhunderts) und den handelsrechtlichen Kommentaren und Systemen: Busch bei Busch, 1, S. 23; Hoffmann bei Gruchot, 11., S. 269; Zimmermann in Siebenhaars Arch., N. F. 6., S. 27; Kräwell bei Busch, 12., S. 67; Behrend in Z. f. Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen, 4., S. 429; Agap. Mommsen bei Busch, 32., S. 201; Ladenburg bei Busch, 32., S. 25, 36., S. 81, 40., S. 49; Regelsberger, Goldschmidts Z., 14., S. 1; Simon, Goldschmidts Z., 24., S. 91; K. Adler, ArchBürgR., 3., S. 1. In dem mehrfach erwähnten ungarischen Entwurfe ist die Materie in sechs Paragraphen geregelt. (Vgl. hierüber Professor Armin Neumann in Pester Lloyd vom 9. Juli 1907). Dieser Entwurf legt dem Erwerber eines Handelsgeschäftes eine Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten des Vorgängers, mit Ausnahme des Falles, daß es sich um den Erwerb eines vom Masseverwalter veräußerten Geschäftes des Kridatars handelt, auf, jedoch grundsätzlich mit der Beschränkung, daß die Haftung nur für die den Erwerber bekannten oder bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes erkennbaren Verbindlichkeiten besteht (§ 1); diese Beschränkung fällt weg, wenn Erwerber und Veräußerer zu einander im Verhältnis der Ehe oder einer näher bezeichneten Verwandtschaft oder Schwagerschaft stehen und wenn inter partes eine allgemeine Passivenübernahme stattgefunden hat (§ 2). Ob

Digitized by Google

a) Der Erwerber haftet für die Geschäftspassiven des Vorgängers, weil er die Geschäftsaktiven übernommen hat; es waltet der Gesichtspunkt ob, daß derjenige, der einen ganzen, einem einheitlichen wirtschaftlichen Zwecke dienenden Komplex von Aktiven übernommen hat, wenigstens bis zum Werte dieser Aktiven für die mit ihnen in gewisser rechtlicher oder wirtschaftlicher Beziehung stehenden Passiven haften soll.

b) Der Erwerber haftet, weil er die Firma des Vorgängers übernommen hat, gewissermaßen als Nachfolger in die kaufmännische Persönlichkeit des Vorgängers.

c) Es wird anerkannt, daß der Erwerber nur dann und nur soweit haftet, als er den Geschäftsgläubigern gegenüber die Haftung übernommen hat. Dabei wird aber durch weitgehende Anwendung des beliebten Konstruktionsbehelfes der stillschweigenden Willenserklärung, teilweise auch unter Berufung auf ein Handelsgewohnheitsrecht, die Abgabe und Wirksamkeit einer solchen Verpflichtungserklärung auch dort angenommen, wo sie in Wirklichkeit gar nie abgegeben wurde oder nach dem Zivilrechte der Wirksamkeit entbehren würde. In den einzelnen Abhandlungen und Entscheidungsgründen wurde zwischen diesen drei Haftungsgründen nicht immer deutlich auseinandergehalten. So wurden wiederholt zur Begründung der Haftung eines Erwerbers eines Geschäftes samt Firma Gründe angeführt, die geradeso auf den Erwerb eines Geschäftes ohne Firma oder mit veränderter Firma passen. Ebensowenig wird zwischen dem Erwerbe des Geschäftes (Unternehmens) und des Geschäftsvermögens unterschieden. Im folgenden soll untersucht werden, ob die einzelnen Haftungsgründe wirklich stichhältig und wie weit sie durch das positive Recht anerkannt sind:

a) Eine rechtliche Beziehung zwischen Geschäftsaktiven und Geschäftspassiven, die zur Rechtfertigung einer bloß an die Tatsache des Erwerbers der Geschäftsaktiven geknüpften Haftung für die Geschäftspassiven ausreichend wäre, besteht nicht. Von dem Vermögen des Einzelkaufmannes — vorderhand soll nur von einen solchen die Rede sein — haftet das Geschäftsvermögen weder allein noch vorzugsweise den Geschäftsgläubigern, andrerseits haftet das Geschäftsvermögen des Einzelkaufmannes auch nicht allein den Geschäfts-

---

ohne gleichzeitige Übertragung des Geschäftsvermögens eine Geschäftsübertragung stattgefunden hat, ist nach den Umständen des konkreten Falles zu beurteilen (§ 3). Die durch Eintritt eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmannes entstehende Gesellschaft haftet unbeschränkt für alle früheren Geschäftsverbindlichkeiten (§ 4).

Digitized by Google

gläubigern, sondern in gleicher Weise auch allen anderen Gläubigern.[10]) Auch die wiederholt behauptete wirtschaftliche Beziehung zwischen Geschäftsaktiven und Geschäftspassiven besteht in Wahrheit nicht, wenigstens nicht in jener Allgemeinheit, wie sie behauptet wird. Das Geschäftsvermögen des Einzelkaufmannes bietet den Geschäftsgläubigern im allgemeinen nicht mehr Kreditbasis als sein Privatvermögen und den Geschäftsgläubigern nicht mehr Kreditbasis als den Privatgläubigern. Gerade das Gegenteil von der in verschiedener Form aufgestellten Behauptung[11]), daß das Geschäftsvermögen wirtschaftlich zur Erfüllung der Geschäftsverbindlichkeiten bestimmt ist, scheint bezüglich des bei der in Rede stehenden Frage am meisten interessierenden Teiles des Geschäftsvermögens, des geschäftlichen Unternehmens samt Zubehör, richtig. Der Kaufmann wird sich eher zur Veräußerung seiner Villa, seiner Pretiosen, als zur Veräußerung seiner Fabriksrealität, seiner Maschinen entschließen, um aus dem Erlöse seine Gläubiger zu befriedigen und auch diese werden aus den zuletzt angeführten Vermögensobjekten, in der Regel zuletzt, im Exekutionswege ihre Befriedigung suchen. Der Teil des Vermögens des Kaufmannes, der wirtschaftlich in erster Linie zur Erfüllung der Geschäftsverbindlichkeiten bestimmt ist, der wirklich mehr als irgend ein anderer Bestandteil des Vermögens, die Kreditbasis der Geschäftsgläubiger bildet, ist der Ertrag des Unternehmens. Der Kaufmann kauft Waren auf Kredit ein, weil er hofft sie aus dem beim Weiterverkaufe erzielten Erlöse zu bezahlen und der Lieferant kreditiert den Kaufpreis, weil

---

[10]) In der älteren Literatur ist freilich wiederholt die Ansicht ausgesprochen worden, daß den Geschäftsgläubigern eines Einzelkaufmannes bezüglich des Geschäftsvermögens im Konkurse ein Absonderungsrecht gegenüber den Privatgläubigern zusteht (vgl. Scaccia, tract. de comm., § VI, Gl. I., N. 93) oder den Geschäftsgläubigern mehrerer von einem Kaufmanne betriebener Geschäfte, im Konkurse ein ausschließliches Recht auf Befriedigung aus dem Vermögen des Geschäftes zustehe, in dessen Betrieb ihre Forderungen entstanden sind (vgl. Casaregis, Disc. 146, N. 154). Durchgedrungen ist diese Ansicht niemals (vgl. K. Adler, S. 61, N. 11; Simon, Goldschmidts Z., 24., S. 115) hat jedoch auch in neuerer und neuester Zeit Vertreter gefunden (vgl. Bekker, Goldschmidts Z., 4., S. 551; Valery a. a. O., S. 278). Beim Schiffsvermögen ist es anders; der regelmäßig auf Schiff und Fracht (§ 486 DHGB.) beschränkten Haftung des Reeders entspricht ein gesetzliches Pfandrecht der Schiffsgläubiger an diesen Vermögensobjekten (§ 755 DHGB.), das im Ergebnis zu einer Haftung des Erwerbers des Schiffsvermögens für die erwähnten Verbindlichkeiten führt (Hellwig, Verträge, S. 413; Lehmann, S. 121).

[11]) Vgl. Dernburg, Pand. II, § 53. Die Motive zum ungarischen Entwurfe geben diesen Gedanken wiederholt Ausdruck (vgl. insbes. Erläuterungen zu § 1), führen ihn jedoch nicht konsequent durch (vgl. oben N. 8).

Digitized by Google

er hofft, daß der Käufer die Waren mit Gewinn weiterveräußern und ihn aus dem Erlöse befriedigen werde. Dem Zeitungsunternehmer werden die Druckkosten und der Kaufpreis für das Papier kreditiert, weil Drucker und Papierhändler hoffen, aus den eingehenden Abonnementsgeldern befriedigt zu werden.[12]) Will man schon der wirtschaftlichen Beziehung zwischen gewissen Geschäftsaktiven und Geschäftspassiven in der Statuierung einer Haftung des Geschäftserwerbers gesetzlichen Ausdruck verleihen, so müßte man dahin kommen, diese Haftung auf die künftigen Bruttoerträgnisse und die sich als Bruttoerträgnisse darstellenden übernommenen Geschäftsforderungen zu beschränken. Jede anders normierte, an die Tatsache des Erwerbes des Geschäftsvermögens oder eines Teiles dieses Vermögens geknüpfte Haftung für die Geschäftsschulden des Vorgängers wäre eine sachlich nicht gerechtfertigte Willkür des Gesetzgebers. Mit dem gleichen Rechte könnte man an den Erwerb des Geschäftsvermögens die Haftung des Erwerbers für die Privatschulden oder an den Erwerb irgend eines mit dem Geschäftsbetriebe in gar keinem Zusammenhange stehenden Vermögensobjektes oder Vermögenskomplexes die Haftung für die Geschäftsschulden des früheren Eigentümers knüpfen.

Durch einige unmittelbar andere Zwecke verfolgende Vorschriften ist im Falle der Zwangsverwaltung eines Unternehmens eine Rechtslage geschaffen, die im Ergebnis der erwähnten sachlichen Haftung der Bruttoergebnisse, für die Forderungen, zu deren Befriedigung sie wirtschaftlich bestimmt sind, ziemlich nahekommt. Die Unterscheidung der Erträgnisse einer Zwangsverwaltung in Bruttoerträgnisse und Nettoerträgnisse (Ertragsüberschüsse) und die für die Zwangsverwaltung von Unternehmungen so gut wie auf die von Liegenschaften geltende Bestimmung, daß zur Verteilung nur die Ertragsüberschüsse[12a]) zu bringen sind, führt dazu, daß der Zwangsverwalter aus den Bruttoerträgnissen zunächst die Verbindlichkeiten zu berichtigen hat, die durch zur Erzielung dieser Bruttoerträgnisse nötige Leistungen entstanden sind[13]),

[12]) Der OGH. (Amtl., S. 878) bemerkt nach Ablehnung der Ansicht, daß das Geschäftsvermögen die Kreditbasis der Geschäftsgläubiger bilde, ganz richtig: „ . . Die geschäftliche Tätigkeit ist es vielmehr, auf der der Kredit naturgemäß beruht und beruhen soll."

[12a]) Deren Begriff setzt das Gesetz als gegeben voraus, es definiert ihn nicht; auch der Eingang des § 122 EO. gibt keine solche Definition; es wird dort nicht gesagt, daß alle nach Abzug der in § 120 erwähnten Auslagen erübrigenden Bruttoerträgnisse als Ertragsüberschüsse anzusehen sind. Es wird bloß gesagt, daß vor Berichtigung dieser Auslagen keine Ertragsüberschüsse bestehen.

[13]) Nur in diesem Umfange ist die Behauptung von Schubert-Soldern, S. 450 richtig, daß der Verwalter aus den Bruttoerträgnissen des verwalteten

Digitized by Google

besteht eine solche Beziehung[14]) zwischen den im Betriebe des verwalteten Unternehmens entstandenen Verbindlichkeiten und den in die Verwaltungsmasse fallenden Bruttoerträgnissen, so kommt es nicht darauf an, ob die Verbindlichkeiten in der Betriebsperiode des Verpflichteten oder der des Verwalters entstanden sind. Der Verwalter kann nicht den Erlös für die von ihm im Betriebe des verwalteten Unternehmens verkauften Waren als Ertragsüberschuß erlegen, bevor er aus diesem Erlös den vom Verpflichteten für diese Waren geschuldeten Betrag gezahlt hat. Für die Geschäftsgläubiger besteht also eine, wenigstens durch die Vorschrift über die Verwendung der Bruttoerträgnisse garantierte Wahrscheinlichkeit, daß im Falle einer Zwangsverwaltung des in wessen Besitze immer befindlichen Unternehmens, ihre Forderungen aus den zu deren Befriedigung wirtschaftlich bestimmten Bruttoerträgnissen auch wirklich befriedigt werden. Es muß übrigens angenommen werden, daß die Befriedigung von Ansprüchen, die der Verwalter unmittelbar aus den Erträgnissen zu berichtigen hat, von dem Gläubiger vor Verteilung der Ertragsüberschüsse auch dann begehrt werden kann, wenn der Verwalter die ihm vor-

---

Unternehmens alle durch den gewöhnlichen Betrieb dieses Unternehmens begründeten Verbindlichkeiten ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Entstehung zu berichtigen habe. § 120, Abs. 1 EO., auf den Schubert-Soldern sich beruft, sagt keineswegs, daß die Berichtigung aller in irgend einem Zeitpunkte von dem Verpflichteten bezüglich der Liegenschaft eingegangenen Verbindlichkeiten zu den mit der gewöhnlichen wirtschaftlichen Benützung der Liegenschaft verbundenen Auslagen gehöre. Es wäre auch nicht abzusehen, warum dem Verwalter die unmittelbare Berichtigung der im Konkurse und außerhalb desselben von der Gesetzgebung begünstigten Lohnansprüche der im verwalteten Unternehmen angestellten Personen nur unter der Voraussetzung gestattet sein soll, daß diese Ansprüche nicht länger als ein Jahr seit der Bewilligung der Zwangsverwaltung rückständig sind und das Gesetz die unmittelbare Berichtigung anderer im Betriebe des verwalteten Unternehmens entstandener Geschäftsverbindlichkeiten ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Entstehung der Verbindlichkeit gestatten und vorschreiben sollte. Die von Schubert-Soldern vertretene Ansicht würde zu dem Ergebnisse führen, daß fast jede Zwangsverwaltung eines Unternehmens mangels erzielbarer Ertragsüberschüsse eingestellt werden müßte.

[14]) Keine solche Beziehung, wenigstens nicht der Nachweis einer solchen ist erforderlich bei den in § 344 EO. erwähnten Lohnansprüchen. Gewöhnlich wird gelehrt, daß die Vorschriften, daß bis zu einem gewissen Zeitpunkte rückständige Lohnansprüche unbedingt aus den Bruttoerträgnissen einer Zwangsverwaltung zu befriedigen sind, auf der Erwägung beruhen, daß der Gesichtspunkt der nützlichen Verwendung auf die erzielten Erträgnisse auch bezüglich der vor Beginn der Zwangsverwaltung bewirkten Leistungen der Angestellten zutreffe. (Vgl. Neumann-Ettenreich, GZ. 1894, Nr. 2; Fischer-Schäfer, S. 184, 185). In Wirklichkeit dürften diese Vorschriften bloß sozialpolitischen Erwägungen ihre Entstehung verdanken.

Digitized by Google

geschriebene unmittelbare Berichtigung unterlassen und zu Gericht als Ertragsüberschüsse in Wirklichkeit Bruttoerträgnisse erlegt hat.[15])

Auf eine Reihe von Verbindlichkeiten, die im Betriebe eines Unternehmens entstanden sind, erscheinen die obigen Ausführungen, die immer das Bestehen einer Geldforderung voraussetzten, nicht zutreffend: Verbindlichkeiten auf Lieferung von Waren, die nur in einem bestimmten Unternehmen hergestellt werden können, Verbindlichkeiten zur Aufnahme eines Artikels in eine Zeitschrift, zur Aufführung eines Theaterstückes, überhaupt gewisse Verbindlichkeiten des Verlegers aus Verlagsverträgen[16]) können nur von demjenigen erfüllt werden, der sich im Besitze des Unternehmens, in dessen Betrieb die Verbindlichkeit entstanden ist, befindet. Die allfällige Verpflichtung des Unternehmers, der sich durch Aufgabe oder Entäußerung des Unternehmens der Möglichkeit, diese Verbindlichkeiten zu erfüllen, beraubt hat, zur Leistung des Schadenersatzes, wird in vielen Fällen im Hinblick auf das vorhandene ideelle Interesse des Berechtigten diesem kein Äquivalent für den ursprünglichen Leistungsgegenstand bieten. Hiezu kommt, daß bei vielen dieser Verbindlichkeiten dem großen Interesse des Berechtigten kein oder kein entsprechender Nachteil des zur Erfüllung Verpflichteten entspricht. Diese Momente würden allerdings dafür sprechen, de lege ferenda

---

[15]) Die Frage ist bestritten; den im Texte aufgestellten Grundsatz billigt R. Pollak, Zivilpr., S. 773, der übrigens die im Texte erwähnten Ansprüche nicht unter den aus den Erträgnissen unmittelbar zu berichtigenden anführt. Vgl. übrigens auch den durch Art. XIII EG. zur EO. aufrecht erhaltenen § 47 EisenbBuchG.; bei Verwendung der Erträgnisse einer sequestrierten Eisenbahnunternehmung, sind die nicht länger als ein Jahr vor der Zwangsverwaltung rückständigen Betriebsauslagen (die Forderungen, die durch die für den ordentlichen Betrieb der als Hypothek dienenden bücherlichen Einheit erforderlichen Leistungen, entstanden sind) vorzugsweise zu befriedigen. Maßgebend für die Einräumung dieses Vorzugsrechtes war allerdings nicht der Gesichtspunkt, daß vor Berichtigung dieser Forderungen keine verteilbaren Ertragsüberschüsse vorhanden sind, sondern die Bedachtnahme auf das öffentliche Interesse, auch den Gläubigern eine gewisse Sicherheit zu gewähren, die für bestimmte zur Erhaltung des Bahnbetriebes nötigen Leistungen ohne hypothekarische Sicherheit Kredit gewähren (Kaserer, Mat. XXI., S. 59).

[16]) Auf Verbindlichkeiten dieser Art wurde auch bei den Verhandlungen des 14. und 15. deutschen Juristentages bei Erörterung der Frage, ob dem Gesetzgeber eine Statuierung der Haftung des Geschäftserwerbers für die Verbindlichkeiten des Vorgängers anzuempfehlen sei, hingewiesen. (Vgl. Verhandlungen des 14. deutschen Juristentages, Bd. 2, Heft 2, S. 230, des 15. deutschen Juristentages, Bd. 2, S. 138.) Vgl. auch Ladenburg bei Busch, 36., S. 85, 40., S. 61.

Digitized by Google

eine Haftung des Erwerbers eines Unternehmens für einige Verbindlichkeiten der erwähnten Art gesetzlich auszusprechen.[17])

[17]) Das „Attraktionsmoment im Gewerbebetriebe" (vgl. Herrmann-Otávsky a. a. O., S. 518, Krainz-Ehrenzweig, § 49, N. 3: an den Betrieb eines Unternehmens gebundene Rechte) hat bisher nur bezüglich der aktiven Seite in der Gesetzgebung Anerkennung gefunden. Dagegen bestimmt § 16, Abs. 3 des Entwurfes zu einem Handlungsgehilfengesetz (Beilage 192 zu den stenogr. Prot. des AH., 18. Sess.), daß der Erwerber eines Unternehmens in die mit den Angestellten geschlossenen Dienstverträge eintritt, die er allerdings unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist, ohne Rücksicht auf eine vereinbarte längere Kündigungsfrist lösen kann. Gewisse mit dem Betriebe eines Unternehmens im Zusammenhange stehende Rechte teilen notwendigerweise das Schicksal des Unternehmens, so das Markenrecht (§ 9 MarkG.); manche Rechte können nur gleichzeitig mit dem Unternehmen übertragen werden, so die Firma; manche Rechte gehen wiederum im Zweifel mit dem Unternehmen über, so das Recht an der Geschäftsbezeichnung; nach § 16, Abs. 3 des oberwähnten Entwurfes bis zu einem gewissen Grade (vgl. oben § 3, Anm. 1) auch das Recht des Inhabers des Unternehmens aus den für dessen Betrieb geschlossenen Anstellungsverträgen. Bei manchen Rechten endlich wird von gewissen, sonst für die Übertragung bestehenden Voraussetzungen abgesehen, wenn sie mit dem Unternehmen, dem sie dienen, übertragen werden; so ist die vom Patentinhaber bestellte Lizenz ohne Zustimmung des Patentinhabers nur mit dem Betriebe, dem die Lizenz dienstbar ist, übertragbar; so ist nach § 28 des deutschen Reichsges. vom 19. Juni 1901 über das Verlagsrecht das Verlagsrecht seitens des Verlegers bei gleichzeitiger Übertragung des Unternehmens auch ohne Zustimmung des Autors übertragbar. (Näheres bei E. Müller, Das deutsche Urheber- und Verlagsrecht, 4. Lieferung, S. 368.) Über die Streitfrage, ob das Aufführungsrecht auf den jeweiligen Inhaber des Theaterunternehmens übergeht, vgl. Krainz-Ehrenzweig, § 49, N. 21 und die dort angeführte Judikatur und Literatur, insbesondere Opet, Deutsches Theaterrecht, S. 370. Die Rechte des Prinzipals aus einer mit dem Angestellten getroffenen Vereinbarung auf Konkurrenzenthaltung nach Beendigung des Dienstverhältnisses können mit Rücksicht auf das die Wirksamkeit dieses Verbotes bedingende Interesse des Prinzipals an der Einhaltung nur zugleich mit dem Geschäfte selbst übertragen werden. (Staub, Anm. 8 zu § 74, RG. vom 28. August 1901, JW. 1901, S. 725; dagegen nimmt das OLG. Jena bei SeuffA., 48., N. 176 die Unübertragbarkeit der Rechte aus einem Konkurrenzverbote auch bei gleichzeitiger Mitübertragung des Geschäftes an.) Nicht hieher gehören aber die von Herrmann-Otávsky angeführten §§ 9 bis 11 des Entw. zum UnlWG. (die übrigens in dem im Jahre 1906 erschienenen neuen Entw. eine andere Formulierung erhalten haben), wonach ein Schadenersatzanspruch dem Inhaber eines bestimmten Unternehmens zugesprochen wird. Hiemit ist nicht gesagt, daß dem jeweiligen Inhaber des Unternehmens der Anspruch auf Schadenersatz wegen einer in diesem Gesetze verpönten Handlung zusteht (was Herrmann-Otávsky, S. 518, N. 27 selbst als zweifelhaft hinstellt), sondern nur gesagt, daß als Verletzter nicht irgend eine im Betriebe des Unternehmens tätige Person, sondern der Unternehmer selbst anzusehen ist.

Digitized by Google

Für das österreichische Recht besteht kein Rechtssatz, daß die bloße Übernahme eines Unternehmens die Haftung des Erwerbers für die früheren Verbindlichkeiten aus dem Betriebe des Unternehmens begründet, mag es sich um ein Handelsgeschäft oder um ein anderes Unternehmen handeln,[18]) mögen mit dem Unternehmen zugleich die übrigen Bestandteile des Geschäftsvermögens übergehen oder nicht. Der in dem gleich eingehender zu besprechenden § 419 DBGB. zum Ausdrucke gebrachte Gedanke ist der österr. Gesetzgebung fremd. Die in § 1282 ABGB. für den nach dem Grundsatze der Gesamtrechtsnachfolge[19]) geregelten Erbschaftskauf gegebene Vorschrift ist keiner analogen Anwendung fähig. Auch nach deutschem Recht zieht Erwerb und Fortführung eines Unternehmens noch keine Haftung des Erwerbers für die bestehenden Geschäftsverbindlichkeiten nach sich. § 25 DHGB. macht ja auch die Haftung desjenigen, der ein erworbenes Handelsgeschäft weiterführt, für die Geschäftsverbindlichkeiten von gewissen Voraussetzungen abhängig. Dagegen lehrt Hellwig (Verträge, S. 398 ff.), daß unabhängig von den Voraussetzungen des § 25 DHGB. eine Haftung des Erwerbers eines Geschäftes eintritt, wenn mit dem Geschäfte zugleich die zum Geschäftsvermögen gehörenden Aktiven erworben werden. Diese von Hellwig auf § 419 DBGB.[20]) gestützte Ansicht scheint nicht zutreffend. Man mag allenfalls zugeben, daß die Worte „das Vermögen eines andern" die Auslegung, daß § 419 auch auf die Übernahme eines Sondervermögens Anwendung findet, nicht unbedingt

---

[18]) Die fast in jeder der die gegenständliche Frage berührenden Entscheidungen wiederkehrenden Ausführungen, daß aus Art. 22, 23 HGB. auf Grund der bloßen Tatsache des Erwerbes und der Fortführung eines bestehenden Handelsgeschäftes eine Haftung des Erwerbers für die Geschäftsschulden des Vorgängers nicht abgeleitet werden kann, daß auf der Nürnberger Konferenz diese Frage vielmehr mit Absicht unentschieden gelassen wurde, können als bekannt vorausgesetzt werden. Ebenso kann heute als feststehend die Ansicht, daß Art. 113 auf den Fall des Vollerwerbes des Geschäftes eines Einzelkaufmannes nicht anwendbar ist, angesehen werden (vgl. AdCl. 1984, 2105, Amtl., 944).

[19]) Vgl. Krainz-Ehrenzweig, § 534. Auch die Haftung des öffentlichrechtlichen Verbandes, der das Vermögen einer Gesellschaft mit Haftung übernimmt, beruht gleichfalls auf dem Gedanken der Universalsukzession. Das Gleiche gilt bei einer Fusion einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. mit einer anderen solchen Korporation bezüglich der Haftung der aufnehmenden Gesellschaft (vgl. Randa, II., S. 231; Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften, II., S. 535). In allen diesen Fällen gehen durch einen einheitlichen Akt auch sämtliche Aktiven auf den Erwerber über.

[20]) Dieser Paragraph lautet: „Übernimmt jemand durch Vertrag das Vermögen eines anderen, so können dessen Gläubiger, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners, von dem Abschlusse des Vertrages an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Über-

Digitized by Google

ausschließen,[21]) jedoch muß ein rechtlich anerkanntes Sondervermögen vorliegen, auf das entweder gewisse Gläubiger beschränkt sind oder das ausschließlich oder vorzugsweise bestimmten Gläubigern haftet. Denn nur in diesem Falle gewinnt man eine Handhabe für die Feststellung der Verbindlichkeiten, die den Erwerber der das Sondervermögen darstellenden Aktiven treffen. Es wäre ganz willkürlich, zu sagen, daß der Erwerber des Geschäftsvermögens gemäß § 419 für die Geschäftsverbindlichkeiten haftet. Die fehlende rechtliche Beziehung zwischen Geschäftsvermögen und Geschäftsschulden kann durch die — wie oben ausgeführt — nur in geringem Umfange bestehende wirtschaftliche Beziehung nicht ersetzt werden, denn nur der Gesetzgeber kann dieser wirtschaftlichen Beziehung rechtliche Anerkennung verleihen. Diesen Ausweg scheint denn auch Hellwig selbst abzulehnen, denn er lehrt, daß der Erwerber eines Geschäftsvermögens für alle Verbindlichkeiten des Veräußerers haftet.[22]) Damit scheint aber auch die Unhaltbarkeit der mitgeteilten Ansicht am besten dargetan. Eben dieselbe Wirkung, die das Gesetz an den Erwerb eines ganzen Vermögens einer Person knüpft, kann nicht schon beim Erwerbe eines rechtlich nicht geschlossenen Teiles dieses Vermögens eintreten.[23])

---

nehmer geltend machen. Die Haftung des Übernehmers beschränkt sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. . . . Die Haftung des Übernehmers kann nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner ausgeschlossen oder beschränkt werden."

[21]) Dagegen Staub, Anm. 20 zu § 22, der lehrt, daß § 419 DBGB. unter Vermögen nur das ganze Vermögen einer physischen oder juristischen Person oder einen Bruchteil dieses Vermögens versteht.

[22]) Ich kann wenigstens seine Ausführungen (S. 400), „daß der Erwerber eines Handelsgeschäftes in die bestehenden Schulden (nicht nur die Geschäftsschulden) als eine auf dieser Gesamtheit ruhende Last sukzediert," nicht anders verstehen. Dem ungar. Entw. liegt der Gedanke der Anwendung des in § 419 DBGB., auf den sich auch die Motive berufen, ausgesprochenen Prinzipes auf das durch das Handelsgeschäft gebildete Sondervermögen zu Grunde. Die Haftung besteht nur für die im Betriebe des erworbenen Geschäftes begründeten Verbindlichkeiten; dagegen hat der Entwurf eine Beschränkung der Haftung des Erwerbers auf das übernommene Geschäftsvermögen oder dessen Wert abgelehnt; die Motive bezeichnen eine solche Beschränkung zwar als eine logische Konsequenz aus dem Rechtsgrunde, auf den der Entwurf die Haftung zurückführt, halten diese Beschränkung aber nicht für zweckmäßig und nicht für praktisch durchführbar.

[23]) Auch für das gemeine Recht wurde ein dem § 419 DBGB. entsprechender Rechtssatz behauptet, aber unter Vermögen, dessen Übernahme die Schuldenhaftung begründet, wurde nicht das Handelsvermögen verstanden (vgl. Delbrück, Übernahme fremder Schulden, S. 39, 93; auch RG., 17., S. 96.)

Digitized by Google

Dagegen findet § 419 DBGB. auf denjenigen Anwendung, der das Geschäft und das Geschäftsvermögen[24]) einer offenen Handelsgesellschaft erwirbt, wenn diese nach Auflösung statt der Liquidation das Vermögen als Ganzes einem Gesellschafter oder einem Dritten überläßt.[25]) Der Erwerber haftet nach Maßgabe des § 419 DBGB. für alle Geschäftsverbindlichkeiten.[26])

Ganz anders liegen die Verhältnisse, wenn eine juristische Person, deren Zweck in dem Betriebe eines Unternehmens besteht, nach Auflösung ihr ganzes Vermögen einem andern überträgt. Das mit dem Geschäftsvermögen zusammenfallende Vermögen bildet hier tatsächlich die Kreditgrundlage der Geschäftsgläubiger. Das Gesetz hat mit Rücksicht auf diesen Umstand das Vermögen der verschiedenen handelsrechtlichen Vereinigungen dadurch dem Zugriffe der Gläubiger zu

---

[24]) Nicht auf denjenigen, der bloß das Geschäft (Unternehmen) oder ein Zweiggeschäft der offenen Handelsgesellschaft erwirbt. Für dessen Haftung ist allein § 25 DHGB. maßgebend.

[25]) Staub (Anm. 20 zu § 22, Anm. 24 zu § 25) bestreitet dies; er führt an, daß das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft nicht das Vermögen einer physischen oder juristischen Person sei, sondern nur aus Teilen des Vermögens der Gesellschafter bestehe. Dies ist richtig, aber nicht beweisend. Die Gesellschaft tritt im Verkehre auf, als wäre sie Subjekt der im Betriebe des gesellschaftlichen Geschäftes begründeten Rechte und Verbindlichkeiten. Das Gesetz hat dieser Tatsache durch seinen Sprachgebrauch (Rechte und Verbindlichkeiten, Eigentum, Vermögen der Gesellschaft) Rechnung getragen. Im Sinne dieses Sprachgebrauches und der vom Gesetze festgehaltenen Terminologie würde der im Texte erwähnte Fall nicht durch die Redewendung „die Gesellschafter übertragen ihr im Gesellschaftsfonde investiertes Vermögen an einen Dritten", sondern durch die Redewendung „die Gesellschaft überträgt ihr Vermögen an einen Dritten" Ausdruck finden. Dies und nicht das wirkliche materielle Rechtsverhältnis ist für die Anwendung des § 419 auf das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft entscheidend; hiefür auch: Fischer-Schäfer, a. a. O. S. 51; Oertmann zu § 419 DBGB.; Cohn bei Gruchot, 42., S. 56; Makower, S. 56. (Ausführliche Literaturangabe bei Jacusiel a. a. O., S. 21.)

[26]) Die beim Einzelkaufmann fehlende rechtliche Beziehung zwischen Geschäftsvermögen und Geschäftsverbindlichkeiten ist dadurch gegeben, daß das Gesellschaftsvermögen ausschließlich den Gesellschaftsgläubigern haftet (§ 124, Abs. 2 DHGB.), im Gegensatze zum Vermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes (§ 736 DZPO.), und daß nach Auflösung der Gesellschaft die persönliche Haftung der Gesellschafter durch eine fünfjährige Verjährungsfrist beschränkt ist. Nach § 26 DHGB. entspricht der Haftung des Geschäftserwerbers für die Geschäftsschulden des früheren Inhabers eine auf fünf Jahre beschränkte Haftung des letzteren; es ist nur billig, daß der auf fünf Jahre beschränkten persönlichen Haftung der Gesellschafter einer aufgelösten Gesellschaft eine Haftung des Erwerbers des Gesellschaftsvermögens entspricht.

Digitized by Google

wahren gesucht, daß es eine Verteilung des Vermögens unter die Mitglieder der aufgelösten Korporation erst gestattet, nachdem den Gläubigern Gelegenheit geboten wurde, aus dem Vermögen Befriedigung zu finden und die Übertragung des Vermögens als Ganzes an eine dritte Person entweder an die gleichen Voraussetzungen knüpft oder den Erwerber des ganzen Vermögens für die Verbindlichkeit der Korporation haften läßt.[27]) Für andere juristische Personen, als diejenigen, deren Rechtsverhältnisse durch besondere Bestimmungen geregelt sind (Aktiengesellschaften, Gesellschaften m. b. H.) bestehen keine derartigen Vorschriften. Für das deutsche Recht ist hier überall § 419 HBGB. anwendbar. Für das österreichische Recht besteht für die Gläubiger, da auf Gewinn berechnete Vereine nach dem Vereinspatente vom Jahre 1852 der Staatsaufsicht unterliegen, der Schutz nur in dem Aufsichtsrechte der Verwaltungsbehörde, auf dessen Geltendmachung Private keinen Anspruch haben.[28]) Eine Haftung des Erwerbers des ganzen Vermögens eines aufgelösten Vereines läßt sich aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung der in rem versio oder Universalsukzession[29]) nicht begründen.[30])

---

[27]) Vgl. Art. 247 HGB., §§ 300 bis 307 DHGB., §§ 95, 96 GmbHG.

[28]) Budw. 3792, 3947, 6666, 8551.

[29]) Bloß bei Verstaatlichung einer Aktiengesellschaft, bei der die Annahme einer Universalsukzession abgelehnt wird (vgl. Randa, II., S. 231) kann heute die analoge Anwendung des § 95 GmbHG. in Frage kommen. Diese Frage wird zwar, da die die Verstaatlichung einer Aktiengesellschaft aussprechenden Gesetze über die Schuldenhaftung stets Bestimmungen enthalten, kaum praktisch werden; dagegen wäre die grundsätzliche Frage, ob und in welchem Umfange die Bestimmungen des GmbHG. analoge Anwendung auf Aktiengesellschaften zulassen, wohl einer eingehenden Erörterung würdig.

[30]) Dies ist übrigens nicht die einzige üble Folge, die sich aus der herrschenden Ansicht, daß juristische Personen, gleich den physischen, zum Handelsbetriebe zuzulassen sind, ergibt. Die Gesetzgebung hat bei Regelung der Aktiengesellschaften, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Gesellschaften m. b. H. verschiedene Normativbestimmungen aufgestellt, um die Gläubiger gegen die nachteiligen Folgen zu schützen, die ihnen aus dem Mangel der persönlichen oder unbeschränkten Haftung einer physischen Person entstehen, und die Gesetzgebung zeigt die deutliche Tendenz, diese Normativbestimmungen zu verschärfen. Diese Normativbestimmungen können aber umgangen und der Vorteil, wirtschaftlich an einer Erwerbsunternehmung ohne persönliche Haftung beteiligt zu sein, dadurch erreicht werden, daß als Vereinigungsform statt der erwähnten geregelten Assoziationstypen ein Verein im Sinne des Vereinspatentes gewählt wird. (Vgl. Erläuternde Bemerkungen zum Entw. eines GmbHG.; Nr. 236 der Beilagen zu den stenogr. Prot. des HH., 17. Sess., S. 50.) Ähnliche Erwägungen bei Sachau, Der nicht rechtsfähige Verein als Unternehmer eines Handelsgewerbes, Goldschmidts Z., 56., S. 444 ff.; vgl. auch Lehmann, S. 283.

Digitized by Google

b) Daß die Fortführung eines erworbenen Geschäftes unter unveränderter Firma als Nachfolge in die kaufmännische Persönlichkeit die Haftung des Erwerbers für die früheren Geschäftsschulden nach sich zieht, hat das Berliner Obertribunal in mehreren Erkenntnissen[31]) ausgesprochen. Die gleiche Ansicht liegt einem Erkenntnisse des bayerischen Oberappellationsgerichtes (Busch, 13., S. 11) zu Grunde und wird in der österr. Literatur von Geller (Zbl., 8., S. 607) vertreten.[32])

Diese Konstruktion wird heute angesichts der feststehenden Erkenntnis, daß die Firma kein neben der physischen Person des Kaufmannes bestehendes Rechtssubjekt bezeichnet, daß sie nicht mehr ist als der Name des Kaufmannes, durchwegs abgelehnt,[33]) hat übrigens in die österreichische Praxis nie Eingang gefunden. Das DHGB. hat hingegen in der Absicht, der von den Verfassern für unrichtig erkannten Anschauung des Verkehrs, die den jeweiligen Inhaber einer Firma als Träger der durch den Handelsbetrieb unter dieser Firma irgend einmal begründete Rechte und Verbindlichkeiten ansieht, entgegenzukommen,[34]) an die bloße Tatsache der Fortführung eines erworbenen Geschäftes unter unveränderter Firma die Haftung des Erwerbers für die Geschäftspassiven des Vorgängers geknüpft (§ 25 DHGB.). Diese Haftung tritt unmittelbar auf Grund der Fortführung des Geschäftes unter unveränderter Firma ein, sie ist nicht die Folge eines durch die Fortführung der Firma bekundeten Willens, die Haftung zu übernehmen. § 25 DHGB. enthält keine Auslegungsregel,

---

[31]) Busch, 12., S. 234, 17., S. 175, Goldschmidts Z., 15., S. 244. Scharf wird in diesen Erkenntnissen betont, daß die Fortführung der Firma als solche und nicht als Erklärungsform eines auf Übernahme der Passiven gerichteten Willens den Haftungsgrund bildet und daß die an die Fortführung der Firma geknüpften Rechtswirkungen auch durch eine Parteienvereinbarung nicht beseitigt werden können.

[32]) Zu dem gleichen Ergebnisse kommt Thöl (Praxis des Handels- und Wechselrechtes, 1., S. 14), indem er auf Grund des Art. 23 den Übergang der das Handelsgeschäft bildenden Gesamtheit der Aktiven und Passiven als eine notwendige Folge der Fortführung der Firma bezeichnet. Ein näheres Eingehen auf diese in der Literatur bereits genügend widerlegte Ansicht ist nicht nötig. In einen eigentümlichen Zusammenhang bringt de lege ferenda K. Adler (ArchBürgR., 3., S. 31) die Fortführung der Firma mit der Haftung des Geschäftserwerbers für die Schulden des Vorgängers: Der Gesetzgeber soll durch Knüpfung der Haftung an die Tatsache der Firmenfortführung einen Nachteil für den nicht zu begünstigenden Gebrauch einer vom bürgerlichen Namen abweichenden Firma statuieren.

[33]) Vgl. schon Obertrib. Stuttgart 1853; SeuffA., 6, Nr. 142; OLG. Braunschweig; SeuffA., 48, N. 100.

[34]) Vgl. Denkschrift, S. 106.

Digitized by Google

sondern eine Dispositivbestimmung, die allerdings durch eine entgegenstehende, entweder den Beteiligten persönlich mitgeteilte oder auf bestimmte Weise allgemein kundgemachte Parteienvereinbarung beseitigt werden kann.[35]) Zu beachten ist, daß das Gesetz für den Eintritt Haftung nicht die bloße Tatsache, daß unter einer bestandenen Firma irgend ein Handelsgeschäft fortgeführt wird, sondern auch die Fortführung eines bestehenden Handelsgeschäftes verlangt,[36]) andrerseits aber nur den Erwerb eines Handelsgeschäftes, nicht auch den des dazugehörigen Handelsvermögens verlangt;[37]) es ist also nicht der Gesichtspunkt maßgebend, daß der Erwerber deshalb haftet, weil er durch die übernommenen Aktiven die Mittel zur Bezahlung der Schulden erhalten hat.[38]) Sonst müßte ja die Haftung nach § 25 DHGB. schon beim Erwerbe des Geschäftsvermögens eintreten, während sie an die Tatsache der Fortführung des Geschäftes gebunden ist.[38a]) Daher kann die Haftung nach § 25 DHGB. auch den

---

[35]) Die Ausführungen der Denkschrift (S. 106) sind irreführend, indem sie beiläufig erwähnen, daß der Erwerber durch Beibehaltung der alten Firma seine Absicht erklärt, in die Geschäftsbeziehungen des früheren Inhabers einzutreten und sich als Vorbild für die erfolgte gesetzliche Regelung der Frage statt auf die oben N. 31 mitgeteilte Judikatur des Berliner Obertribunales auf die unter N. 43 mitgeteilte Judikatur des RG. berufen, die tatsächlich die Haftung des Firmenerwerbers auf die in der Fortführung der Firma gelegene konkludente Erklärung, die Haftung übernehmen zu wollen, zurückführt (vgl. Hellwig, Verträge, S. 402). Auf die irrigen Ausführungen der Denkschrift sind offenbar die Bemerkungen in den Motiven des ungar. Entw. zurückzuführen, wo betont wird, daß nach dem Entwurfe die Haftung des Geschäftserwerbers eine unmittelbar auf dem Gesetze beruhende, nicht wie nach deutschem Handelsrecht eine kraft Parteiwillens eintretende sein soll.

[36]) Trotz des § 23 DHGB. (Art. 23 HGB.) ist dieses Erfordernis in dem Erfordernis der Fortführung einer bestandenen Firma nur dann inbegriffen, wenn die Firma für den neuen Inhaber nur als eine abgeleitete zulässig ist. Nehmen wir an, Anton Mayer betreibt unter der Firma „Mayersche Buchhandlung“ ein Geschäft, löst dieses Geschäft auf und mit dessen Einverständnis vielleicht sogar unter Benützung der von Anton Mayer überlassenen Warenvorräte errichtet ein anderer, der den gleichen Zunamen führt, ebenfalls unter der Firma „Mayersche Buchhandlung“ eine Buchhandlung. In diesem Falle liegt zwar Gleichheit der Firma und Gleichheit des Geschäftsbetriebes, aber nicht Identität des Geschäftes (des Unternehmens) vor, daher keine Haftung auf Grund des § 25, Abs. 1 DHGB.

[37]) Vgl. insbes. Hellwig, Verträge, S. 398 ff.

[38]) Vgl. Ladenburg bei Busch, 36, S. 91.

[38a]) Der ungarische Entwurf steht auf einem anderen Standpunkt. Für ihn ist der Rechtsgrund der Haftung der Erwerb des Handelsvermögens; er begnügt sich auch mit der Tatsache des Erwerbes und verlangt nicht, daß der Erwerber das erworbene Geschäft fortführt. Vgl. aus den Motiven: „Es ist

Digitized by Google

Pächter oder Nießbraucher eines Geschäftes treffen, obzwar in dem Falle des Pacht- oder des Nießbrauches ein Vermögensübergang nicht stattfindet.

c) Der Zusammenhang des dritten der erwähnten Haftungsgründe, dessen Wirksamkeit grundsätzlich gar nicht auf den Fall des Erwerbes und der Fortführung eines bestehenden Unternehmens beschränkt ist, da ja durch eine entsprechende Willenserklärung eine zu Gunsten der Geschäftsgläubiger wirksame Übernahme der aus dem Betriebe eines bestimmten Geschäftes entstandenen Verbindlichkeit auch ohne Erwerb und Fortführung dieses Geschäftes begründet werden kann, mit dem Gegenstande dieser Abhandlung ist durch zwei Momente gegeben:

α) Es wurde ein Handelsgewohnheitsrecht des Inhaltes angenommen, daß im Falle der Übernahme und Fortführung eines bestehenden Handelsgeschäftes die Erklärung des Übernehmers, für die Geschäftsschulden haften zu wollen, wirksam ist, auch wenn sie nicht persönlich gegenüber den einzelnen Geschäftsgläubigern, zu deren Gunsten sie wirken soll, abgegeben wurde und auch wenn es an der nach dem Zivilrechte notwendigen Akzeptation dieser Erklärung fehlt.[39]) Dieses angebliche Gewohnheitsrecht geht eigentlich auf den unter *α)* erörterten Haftungsgrund zurück,[40]) hält ihn aber zur selbständigen Begründung einer Haftung nicht für ausreichend, sondern mißt ihm nur die Bedeutung bei, eine zivilrechtliche Voraussetzung

---

auch nicht unbedingt notwendig, daß der Erwerber das Geschäft selbst weiterführt; der Übernehmer kann über das Geschäft auch anders verfügen; er kann die Waren in ganzen Partien abgeben oder das Geschäft in anderer Weise veräußern." Freilich wird in dem Falle, in dem eine Haftung des Erwerbers des Geschäftes, der nicht gleichzeitig das Geschäftsvermögen miterworben hat, eintritt (§ 3), die Haftung im Ergebnisse doch an die Tatsache der Fortführung des erworbenen Unternehmens geknüpft sein. Die Motive erblicken ja auch das Kriterium der Übertragung eines Geschäftes ohne gleichzeitige Übertragung des Geschäftsvermögens in der Möglichkeit der Weiterführung desselben Geschäftes. Den Verfassern des Entwurfes scheint es nicht zu Bewußtsein gekommen zu sein, daß der Tatbestand, an dem sie die Haftung des Geschäftserwerbers knüpfen wollen, kein einheitlicher ist: Einmal ist es die Tatsache des Erwerbes eines Geschäftsvermögens, das andere Mal die Tatsache der Fortführung des erworbenen Handelsunternehmens.

[39]) Vgl. OLG. Lübeck, 1846, SeuffA., 11, Nr. 83; OLG. Lübeck, 1859, Goldschmidts Z., 6, S. 588; OLG. Hamburg, SeuffA., 48, Nr. 47; OLG. Braunschweig, SeuffA., 48, Nr. 100; Oberhofgericht Darmstadt, Busch, 8, S. 174; Appelger., Eisenach, Busch, 19, S. 256; ROHG., 1, S. 66, 3, S. 182, 12, S. 160, 15, S. 75, 16, S. 174, 21, S. 234, RG., 2, S. 55, 8, S. 66, 15, S. 54, 38, S. 176, 17, S. 96, RG. bei Bolze, 16, Nr. 314, 316.

[40]) Vgl. Ladenburg bei Busch, 36, S. 84.

RGL... ...ung ... mit La... ...dieses

Digitized by Google

einer auf einen anderen Rechtsgrund zurückgeführten Haftung zu ersetzen.

β) Die oben N. 39 mitgeteilte Judikatur nahm an, daß die Erklärung des Geschäftserwerbers für die früheren Geschäftspassiven zu haften nicht nur ausdrücklich, sondern auch durch konkludente Handlungen erfolgen könne. Als solche konkludente[41]) Handlungen wurde die Mitteilung der inter partes erfolgten Passivenübernahme[42]) und in manchen Entscheidungen auch die Fortführung des erworbenen Geschäftes unter der bestehenden Firma angenommen.[43])

Das DHGB. hat in § 25, Abs. 3 das unter *α*) erwähnte Gewohnheitsrecht zum Gesetzesrechte erhoben: Die handelsübliche Bekanntmachung der Passivenübernahme bildet einen selbständigen, die Haftung gegenüber den Geschäftsgläubigern begründenden Verpflichtungsgrund. Die Frage, ob diese Handlung im konkreten Falle wirklich den Willen zum Ausdruck bringt, dem Geschäftsgläubiger gegenüber eine Haftung zu übernehmen, entfällt. Für Österreich läßt sich der Bestand eines solchen Gewohnheitsrechtes nicht beweisen.[44])

---

[41]) Zur Annahme, daß dieser oder jener Handlung die betreffende Schlüssigkeit beizumessen ist, bedarf es nicht der Berufung auf ein Handelsgewohnheitsrecht, es genügt die Feststellung einer entsprechenden Handelssitte (Art. 279). Vgl. Staub[5], § 13 zu Art. 22, wo hervorgehoben wird, daß die einschlägige Judikatur zwischen diesen beiden Begriffen nicht genügend unterscheidet.

[42]) Die Mitteilung der Passivenübernahme wird hiebei immer als ein das Recht des Gläubigers erst begründender selbständiger Dispositivakt, in seinen Wirkungen unabhängig von der inter partes wirklich erfolgten Passivenübernahme (RG. 15, S. 54; 38, S. 176) nicht als die bloße Verständigung von einem in der Passivenübernahme inter partes gelegenen Vertrage zu Gunsten Dritter angesehen (ROHG. 21, S. 233, RG. 2., S. 54); dabei wurde aber in den beiden zuletzt angeführten Erkenntnissen ausdrücklich zugegeben, daß in der inter partes erfolgten Passivenübernahme auch ein Vertrag zu Gunsten Dritter gelegen sein könne, wenn nämlich der Wille der Parteien dahin geht, daß aus dem Übernahmsvertrage den Geschäftsgläubigern ein Recht erwachsen soll; die für notwendig erachtete Akzeptationshandlung des Dritten (des Geschäftsgläubigers) erblickt das ROHG. in der Klagsanstellung (hiegegen Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechtes, § 228, N. 17). Nach § 20 des geltenden ungar. HGB., dessen Aufhebung übrigens in dem ungar. Entw. geplant ist, wirkt die inter partes erfolgte Passivenübernahme schon kraft Gesetzes zu Gunsten der Geschäftsgläubiger.

[43]) Appelger. Eisenach, Busch, 19, S. 256; RG. 2, S. 55, 17, S. 96; RG. bei Bolze, 3, Nr. 569.

[44]) Man mag immerhin mit Randa (I., S. 135) annehmen, daß die Vorschrift des § 25 der Vdg. vom 16. Sept. 1857, [illegible] Nr. 168: „Wer sich bereit erklärt, eine schon bestehende Handlur [illegible] st und Vorteil (per stralzio) zu übernehmen, wird durch die Ein[illegible] er Erklärung in das

Digitized by Google

Die Frage, ob der Geschäftsübernehmer durch eine an die Geschäftsgläubiger gerichtete, nicht dem einzelnen Gläubiger persönlich mitgeteilte oder von den Gläubigern nicht angenommene Erklärung haftbar wird, ist lediglich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden. Der Umstand, daß die Übernahme eines Handelsgeschäftes die Veranlassung der Erklärung gab, spielt bei der Entscheidung der Frage nach den Voraussetzungen für die Rechtswirksamkeit dieser Erklärung keine Rolle. In Betracht kommt die Frage, ob in der öffentlich kundgemachten Erklärung, die Passiven übernommen zu haben, ein stillschweigendes Zahlungsversprechen, das als Offerte in incertam personam keiner Annahme bedarf,[45]) gelegen ist, ob in dieser Erklärung die bloße Benachrichtigung von einem zu Gunsten der Geschäftsgläubiger dem Geschäftsübernehmer erteilten Auftrage (§ 1019 ABGB.) gelegen ist,[46]) wobei zu untersuchen ist, ob die inter partes vereinbarte Passivenübernahme überhaupt unter die in § 1019 erwähnten Geschäfte fällt, ob die in § 1019 ABGB. vorgesehene Benachrichtigung auch in einer öffentlichen, nicht direkt an die Person des Begünstigten gerichteten Kundmachung bestehen kann[47]) und endlich ob die herrschende Auslegung des § 1019, daß der Dritte schon durch die Benachrichtigung ohne Annahme ein Recht erwirbt, richtig ist.[48]) Sogar die Ansicht, daß die zwischen Geschäftsveräußerer und Erwerber vereinbarte Passivenübernahme eine unvollständige Assignation enthalte, die der einzelne Geschäftsgläubiger als Assignatar auch ohne Benachrichtigung durch die in der Klagsanstellung liegende Annahmeerklärung zur vollständigen machen könne, wurde vertreten.[49]) Eine

---

Handlungsprotokoll den Gläubigern des früheren Inhabers zur Erfüllung aller Handlungsverbindlichkeiten desselben verpflichtet" und ähnliche in den verschiedenen Verordnungen über die Führung der Handlungsprotokolle enthaltene Vorschriften die gesetzliche Anerkennung einer gewohnheitsrechtlichen Bildung enthalten. Aber mit der Unmöglichkeit, solche Erklärungen durch Eintragung ins Handelsregister zur öffentlichen Kenntnis zu bringen, ist die Voraussetzung für die Anwendung dieses Gewohnheitsrechtes gefallen.

[45]) So K. Adler, ArchBürgR., 3, S. 20.

[46]) So Amtl., S. 878, 944; Horn, Schuldübernahme, N. 45; Hasenöhrl, ObIR., § 34, N. 47; Krainz-Ehrenzweig, § 136, N. 19; auch Randa, I., S. 137.

[47]) Dagegen Randa, I., S. 137, Die Praxis läßt das Recht des begünstigten Dritten auch ohne individuelle Verständigung entstehen (vgl. Krainz-Ehrenzweig § 136, N. 11).

[48]) Gegen diese Auslegung Ehrenzweig, Zweigliedrige Verträge, S. 84 ff.; Literatur bei Randa, I., S. 136.

[49]) GlU. 3741; AdCl. 588, 702. Gegen die — wohl unhaltbare — Auffassung, daß in der Klageanstellung eine Annahmeerklärung gelegen ist, vgl. Ehrenzweig a. a. O., S. 60; Hasenöhrl, I., S. 457; Stobbe-Leh-

Digitized by Google

Erörterung dieser allgemein zivilrechtlichen Fragen weist keinen Zusammenhang mehr mit dem hier zu behandelnden Gegenstande auf; nur ein Punkt sei noch in Kürze erwähnt: Der OGH. hat, wohl nicht unbeeinflußt durch die oben N. 43 mitgeteilte Judikatur des RG. und die diese verwertende Literatur, in jüngster Zeit in zwei Erkenntnissen (Amtl. S. 944, ZBl. 1905, Nr. 245) ausgesprochen, daß in der Fortführung eines erworbenen Handelsgeschäftes unter unveränderter Firma unter der Voraussetzung, daß inter partes eine Passivenübernahme stattgefunden hat,[50]) unter Umständen nach der Auffassung des Handelsverkehres — die zweite Instanz bei Amtl. S. 944 führt hier Art. 279 an — eine konkludente Erklärung der Passivenübernahme erblickt werden kann. Diese Ansicht scheint nicht zutreffend. Die Frage, ob eine bestimmte Handlung als konkludente Erklärung eines bestimmten Willens anzusehen ist, kann immer nur nach Umständen beurteilt werden, die bei Vornahme der Handlung äußerlich erkennbar sind. Für die Auslegung einer Willenserklärung — insbesondere einer Erklärung, die wie im vorliegenden Falle nicht gegenüber einer individuell bestimmten Person, sondern gegenüber der Öffentlichkeit abgegeben wird — können nicht Umstände maßgebend sein, von denen diejenigen, zu deren Gunsten die Erklärung wirksam sein soll, keine Kenntnis haben.[51])

Nach österreichischem Rechte kommt man demnach zu folgendem Ergebnis: Die Fortführung eines erworbenen Unternehmens hat die Haftung des Erwerbers für die Geschäftspassiven des Vorgängers nicht zur Folge; es ist gleichgültig, ob das Unternehmen ein Handelsgeschäft oder ein anderes Unternehmen ist, ob im ersten Falle die bestehende Firma beibehalten oder geändert wird, ob mit dem Unternehmen auch das Geschäftsvermögen erworben wird oder nicht.[52]) Eine Haftung tritt nur ein, wenn sie durch eine von dem Geschäftserwerbe und der

---

mann a. a. O., § 228, N. 17; Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, S. 152. Es mag übrigens dahingestellt bleiben, ob die weitgehende Anwendung des § 1019 ABGB. in der Praxis, die in der Praxis beliebte Konstruktion, die Klagsanstellung als Annnahme einer unvollständigen Assignation anzusehen, nicht in Wahrheit trotz des § 10 ABGB. eine allgemeine gewohnheitsrechtliche Anerkennung der bindenden Kraft gewisser einseitiger Versprechen und der Verträge zu Gunsten Dritter enthält (vgl. Ehrenzweig a. a. O., S. 60).

[50]) An dieser Voraussetzung hält auch das RG. fest; bloß die Erklärung, daß eine Passivenübernahme stattgefunden hat, ist ohne Rücksicht auf die Richtigkeit der mitgeteilten Tatsache verbindlich (RG. 38, S. 176).

[51]) Ähnlich K. Adler a. a. O.

[52]) Darüber, daß im letzeren Falle nicht etwa aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung eine Klage auf Zahlung der Geschäftsschulden des Vorgängers möglich ist (so Ladenburg bei Busch, 36., S. 88), vgl. K. Adler a. a. O.

Digitized by Google

Fortführung der Firma verschiedenen Handlung des Erwerbers nach den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechtes begründet ist.

Die Gesetzgebung zeigt uns nun die Erscheinung, daß beim Teilerwerbe eines Handelsgeschäftes die Haftung des eine Quote des Geschäftes erwerbenden Miteigentümers strenger geregelt ist, als bei dem bisher allein behandelten Vollerwerb, eine Erscheinung, die bei flüchtiger Betrachtung so befremdend wirkt, daß wiederholt die Ansicht vertreten wurde, es seien die bezüglichen Vorschriften arg. a minori ad maius auch auf den Vollerwerb anzuwenden.[53]) Die Unterscheidung ist aber sachlich vollständig begründet, allerdings in dem derzeit noch in Österreich geltenden HGB. nicht genügend durchgeführt und das erwähnte arg. a minori ad maius, wie in den folgenden Ausführungen darzulegen versucht werden wird, nicht am Platze.

Betrachten wir zunächst den Fall des Eintrittes eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmannes. Die Wirkung besteht darin, daß das Geschäftsvermögen, soweit es Gesellschaftsvermögen geworden ist[54]), dem Zugriffe der Geschäftsgläubiger, nicht nur bezüglich der Quote des eintretenden Gesellschafters, sondern gemäß Art. 119 HGB. (§ 124 DHGB.) zur Gänze entzogen ist, denn die früheren Gesellschaftsgläubiger sind im Verhältnis zur entstehenden Gesellschaft Privatgläubiger. Diese Wirkung tritt freilich auch bei Veräußerung eines ganzen Geschäftsvermögens ein und es wurde bereits erwähnt, daß das Geschäftsvermögen im allgemeinen nicht mehr als irgend ein anderes Vermögensstück des Einzelkaufmannes die Kreditbasis für seine Handelsgläubiger bildet. Die Sache liegt aber hier wesentlich anders. Ein Kaufmann wird sein Geschäft nicht verschenken, und wenn er es veräußert, so bietet der Kaufpreis den Gläubigern ein Zugriffsobjekt; in vielen Fällen wird ja der Verkauf eines Geschäftes mit oder ohne Willen des Inhabers (Veräußerung im Konkurse) nur deshalb vorgenommen, um aus dem Erlöse die Geschäftsgläubiger zu befriedigen.[55])

[53]) Vgl. unter anderen Ladenburg bei Busch, 40., S. 67; Busch bei Busch, 1., S. 17; Oberapp Ger., Berlin, bei Busch, 12., S. 234.

[54]) Daß das ganze Geschäftsvermögen in die entstehende Gesellschaft inferiert wird, mag zwar die Regel bilden, ist aber nicht notwendig. (Vgl. Hellwig, Verträge, S. 409, P. 282).

[55]) Der Gedanke, daß die Handelsgläubiger in dem Erlöse des verkauften Geschäftes ihre Befriedigung zu finden haben, liegt dem in Frankreich bestehenden Handelsgebrauche zu Grunde, nach dem der Erwerber eines Handelsgeschäftes verpflichtet ist, mit der Ausfolgung des Kaufpreises an den Geschäftsveräußerer so lange zu warten, bis dessen Gläubigern Gelegenheit gegeben wurde, die Kaufpreisforderung sich als Deckung für ihre Geschäftsforderungen zu sichern. (Vgl. Stegmann, S. 78.) Auch die Motive zum ungar. Entw. betonen wiederholt den eben erwähnten Gedanken, ohne jedoch hieraus irgend welche Konsequenzen zu ziehen.

Digitized by Google

Die Gegenleistung, die ein Kaufmann für die Veräußerung eines Anteiles an seinem Geschäfte erhält, besteht aber in der vom eintretenden Gesellschafter geleisteten Einlage, die als Bestandteil des Gesellschaftsvermögens ebenfalls dem Zugriffe der früheren Geschäftsgläubiger entzogen erscheint. Weiters kann der Kaufmann durch Aufnahme eines Gesellschafters mit einem minimalen Gewinnanteil, dem noch zur größeren Sicherheit Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entzogen werden kann, sein eigenes Geschäftsvermögen, in dessen ungestörtem Besitze und Genusse er bleibt, dem Zugriffe seiner Gläubiger entziehen.[56])

Trotzdem dieser Bedenken auf der Nürnberger Konferenz Erwähnung geschah[57]), wollte man sich nicht entschließen, entsprechend den §§ 91, 92 des österr. Entw. die Bestimmung des Art. 113 auch auf den Fall des Eintrittes eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmannes auszudehnen.[58]) Das DHGB. hat beim Teilerwerbe eines Geschäftes eines Einzelkaufmannes die Haftung des Erwerbes anders als beim Vollerwerbe geregelt; bei Eintritt eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmannes tritt ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 25 DHGB. (unveränderte Firma, Vorliegen eines besonderen Verpflichtungsgrundes) gemäß § 28 DHGB. eine Haftung

---

[56]) Die Aufnahme eines Kommanditisten mit unbedeutender Einlage erwähnt auch Valery a. a. O., S. 275 als geeignetes Mittel, um den Geschäftsvermögen des Einzelkaufmannes die gleiche rechtliche Geschlossenheit zu verleihen, wie sie das Gesetz dem Gesellschaftsvermögen hat zu teil werden lassen. Dabei ist freilich zu beachten, daß die im Texte erwähnte Wirkung nur eintritt, wenn wirklich ein Gesellschaftsverhältnis, eine Gemeinschaft bezüglich des Handelsgeschäftes, beabsichtigt ist. Ist dies nicht der Fall, so erzeugt der kundgemachte Beitritt eines Dritten zwar dessen persönliche Haftung, aber nicht die an den wirklichen Tatbestand einer offenen Handelsgesellschaft geknüpften Wirkungen gegen Dritte (vgl. RG., 55., S. 154).

[57]) P. 283.

[58]) M. E. ist die Absicht des Gesetzgebers, mit Art. 113 nur die Haftung beim Eintritte in eine Gesellschaft zu regeln, wenn auch die für diese Einschränkung angeführten Motive (P. 283) keineswegs stichhältig sind, insoweit bindend, als man den Art. 113 nicht auf einen Tatbestand anwenden kann, auf den er sich nach seinem Wortlaute nicht bezieht (so auch Agap. Mommsen bei Busch, 32., S. 204, dagegen Simon, Goldschmidts Z., 24., S. 135, N. 110). Von einem arg. a minori ad maius kann bei dieser Frage nicht die Rede sein. Nur wenn feststehen würde, daß Art. 113 sich auch auf den Eintritt eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmannes bezieht, könnte die Frage auftauchen, ob der für den Teilerwerb geltende Rechtssatz nicht arg. a minori ad maius auf den Vollerwerb anzuwenden sei. Nach der im Texte entwickelten Ansicht wäre dieses Argument nicht stichhältig, weil beim Teilerwerbe nicht weniger, sondern mehr Gründe für Normierung einer Haftung des Erwerbes als beim Vollerwerbe sprechen.

Digitized by Google

der entstehenden Gesellschaft für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten ein.

Die Denkschrift (S. 107) begründet die Abweichung von der Regel des § 25 DHGB. damit, daß „selbst bei Annahme einer neuen Firma die Absicht der Parteien kaum jemals auf Trennung der alten und neuen Geschäftsschulden mit Wirkung nach außen gerichtet sein wird". Die Absicht der Parteien, ihr Vermögen dem Zugriffe ihrer Gläubiger zu entziehen oder zu erhalten, ist wohl ganz gleichgültig. Der Gesetzgeber hat aber aus seiner in der angeführten schiefen Begründung zu Tage tretenden Auffassung, die von seinem Standpunkte aus logische Konsequenz gezogen und eine Haftung der entstehenden Gesellschaft dann nicht eintreten lassen, wenn eine entgegenstehende Vereinbarung ins Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder dem Dritten mitgeteilt ist. (§ 28, Abs. 2.) Mit einer solchen Bekanntmachung ist freilich dem Gläubiger, dessen Forderung ja bereits entstanden ist, nicht viel gedient.[59]) Auf der anderen Seite geht die Bestimmung des § 28 DHGB. über ihren Zweck hinaus. Es besteht doch nur ein berechtigtes Bedürfnis, das Geschäftsvermögen dem Zugriffe der Gläubiger nicht zu entziehen, nicht aber einen neuen Schuldner zu stellen. Die in § 28 ausgesprochene Haftung der Gesellschaft zieht aber gemäß § 128 DHGB. auch die persönliche unbeschränkte Haftung des eintretenden Gesellschafters nach sich.[60])

Vollzieht sich der Teilerwerb eines Geschäftes durch Eintritt in eine bestehende Gesellschaft, so können die Bestimmungen über die Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens gegen Zugriffe der Privat-

[59]) Hellwig, S. 408 will für den Fall, als das Geschäftsvermögen in die neu entstehende Gesellschaft inferiert wird, § 419 DBGB., dessen Wirkungen durch Parteienvereinbarung nicht zu beseitigen sind, anwenden. Nach der hier vertretenen Anschauung ist aber § 419 DBGB. auf das Geschäftsvermögen eines Einzelkaufmannes nicht anwendbar.

[60]) Dem Gesetzgeber war es freilich nur um die Haftung der Gesellschaft (des Gesellschaftsvermögens) zu tun (vgl. Denkschrift a. a. O.); er hat jedoch die mit der Haftung der Gesellschaft ipso jure eintretende persönliche Haftung des eintretenden Gesellschafters stillschweigend mit in den Kauf genommen. Das gleiche gilt von dem ungarischen Entwurfe, der eine den § 28 DHGB. entsprechende Bestimmung enthält; nur daß die Haftung der entstehenden Gesellschaft durch keine Parteienvereinbarung beseitigt werden kann. Auch der ungarische Entwurf hat die Haftung beim Teilerwerbe eines Geschäftes strenger als beim Vollerwerbe geregelt, indem die entstehende Gesellschaft für alle Geschäftsschulden, nicht nur für die bekannten oder erkennbaren, haftet. Die etwas gewundene Begründung, durch die die Verfasser des Entwurfes in den Motiven diese von ihnen wohl als notwendig gefühlte Verschiedenheit juristisch zu rechtfertigen suchen, kann nicht befriedigen.

Digitized by Google

gläubiger nicht wirksam werden. Dies folgt aus der Parteifähigkeit der Gesellschaft und aus der Identität der Gesellschaft trotz Wechsels in der Person der Mitglieder. Die Gesellschaft ist auch nach Eintritt eines neuen Gesellschafters für Klagen aus einer vor diesem Eintritte gegen sie entstandenen Forderung legitimiert und der Kläger kann auf Grund des gegen die Gesellschaft erwirkten Exekutionstitels auf das Gesellschaftsvermögen Exekution führen. Die Haftung des neu eintretenden Gesellschafters mit seinem Anteile an den Gesellschaftsaktiven tritt daher ein, ohne daß es hiezu eines besonderen Rechtssatzes bedarf.[61]) Der Schwerpunkt der Bestimmung des Art. 113 HGB. (§ 130 DHGB.) liegt darin, daß eine persönliche, durch keine Parteienvereinbarung zu beseitigende Haftung des neu eintretenden Gesellschafters

---

[61]) Hierüber schien man sich auf der Nürnberger Konferenz klar gewesen zu sein. Dies erhellt aus einem gegen die Aufnahme des Art. 113 in seiner gegenwärtigen Fassung eingebrachten Gegenantrag, nach dem eine auf Beseitigung des Art. 113 gerichtete Vereinbarung insoweit Wirksamkeit haben sollte, „als die Haftung des neu eintretenden Gesellschafters für die früheren Gesellschaftsschulden, auf dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen beschränkt wird". (P. 1002; vgl. Staub[5], § 14 zu Art. 113, Staub[8], Anm. 6 zu § 130.) Vgl. auch Denkschrift, S. 107: „Dort [bei Art. 113 (§ 130)] liegt der Schwerpunkt nicht darin, welche Schulden als Gesellschaftsschulden anzusehen sind, sondern darin, inwieweit die Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden zu haften haben". § 130 DHGB. könnte an sich die Möglichkeit, nach Eintritt eines Gesellschafters in eine bestehende Handelsgesellschaft, auf das Gesellschaftsvermögen Exekution zu führen, gar nicht begründen, wenn diese Möglichkeit nicht ohnehin gegeben wäre. Denn § 124, Abs. 2 DHGB. begnügt sich nicht mit einem gegen alle Gesellschafter, sei es auch in Angelegenheiten der Gesellschaft, erwirkten Exekutionstitel (vgl. Begründung zu § 670b [§ 736 DZPO.] der Zivilprozeßnovelle, S. 107), sondern setzt einen gegen die Gesellschaft erwirkten Exekutionstitel voraus. Die Normierung einer persönlichen, wenn auch auf den Anteil an den gemeinschaftlichen Aktiven beschränkten Haftung des neu eintretenden Gesellschafters wäre notwendig und genügend gewesen für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes, deren Identität durch Eintritt eines neuen Mitgliedes (nach herrschender Ansicht) zwar auch nicht alteriert wird, die aber keine Parteifähigkeit genießt. Das DBGB. sagt nichts über den Eintritt eines Gesellschafters in eine bestehende Gesellschaft, spricht insbesondere nicht aus, daß dieser für die früheren Gesellschaftsschulden haftet. Nach § 736 DZPO. ist aber zur Vollstreckung in das Vermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes, ein gegen alle Gesellschafter, also auch gegen den nach Entstehung der vollstreckbaren Forderung eingetretenen, notwendig und genügend (Joerges, Goldschmidts Z., 49, S. 217; Knocke, ArchBürgR., 20., S. 128). Die Theorie sucht über diese Tatsache dadurch hinwegzukommen, daß sie mit Hilfe mehr oder minder gewagter Konstruktionen eine Haftung des neu eintretenden Gesellschafters für die früheren Gesellschaftsschulden mit seinem Anteile an den Gesellschaftsaktiven zu begründen sucht. (Vgl. außer den Kommentaren und Lehrbüchern des DBGB. und den bereits erwähnten Schriftstellern, insbesondere Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 27).

Digitized by Google

ausgesprochen wird; die Haftung der Gesellschaft, richtiger: die Haftung des neu eintretenden Gesellschafters mit seinen Anteil an den Gesellschaftsaktiven, wurde hiebei als selbstverständlich vorausgesetzt.

VI.

Das Unternehmen als Gegenstand des Miteigentumes.

§ 15.

1. Unternehmens- und Sachgemeinschaft. Rechtsformen der Unternehmensgemeinschaft.

Das Unternehmen kann wie ein Gegenstand des Alleineigentumes auch Gegenstand des Miteigentumes sein. Das hiedurch entstehende Rechtsverhältnis, die Unternehmensgemeinschaft, hat als solches weder in der Gesetzgebung eine Regelung[1]) noch in der Literatur eine Erörterung erfahren. Sowie das Eigentum eines Unternehmens nicht immer mit den Betrieb des Unternehmens zusammenfallen muß, der Eigentümer eines Unternehmens nicht immer der Unternehmer sein muß — man denke nur an die Verpachtung eines Unternehmens — so muß dem Miteigentume an einem Unternehmen nicht immer ein gemeinschaftlicher Betrieb und umgekehrt entsprechen. Verpachten mehrere Miterben das ihnen nach dem Erblasser angefallene Unternehmen an eine Person, so liegt ein Unternehmen vor, das im Miteigentume mehrerer steht, aber von einem Einzelunternehmer[2]) betrieben wird. Verpachtet der Alleineigentümer sein Unternehmen an mehrere Personen, so kann zwischen den Pächtern eine offene Handelsgesellschaft entstehen[3]), trotzdem das gesellschaftliche Geschäft im Alleineigentume einer Person steht. Über die doch nur verhältnismäßig selten vorkommende Unternehmensgemeinschaft, der kein gemeinschaftlicher Betrieb des Unternehmens entspricht, ist nichts besonderes zu sagen, sie folgt bezüglich der Vererblichkeit, Veräußerlichkeit der Anteile, der Teilung des Ertrages, der Auflösung, den für die schlichte Rechts-

[1]) § 77, Abs. 1 PersStG. spricht von mehreren Miteigentümern einer erwerbsteuerpflichtigen Unternehmung.

[2]) Dessen Firma ist die Firma eines Einzelkaufmannes.

[3]) Wenigstens einer der Pächter muß den gewerberechtlichen Voraussetzungen, die für den Betrieb des betreffenden Handelsgewerbes bestehen, entsprechen (§§ 14e, 23a, Abs. 4 GewO.).

Digitized by Google

gemeinschaft geltenden Regeln. Dagegen entsteht durch den Betrieb des gemeinschaftlichen Unternehmens auf gemeinsame Rechnung, sei es, daß alle Mitinhaber im Betriebe tätig sind oder einer allein die Geschäftsführung besorgt, zwischen den Inhabern des gemeinschaftlichen Unternehmens ein Gesellschaftsverhältnis, auch wenn die Gemeinschaft des Unternehmens nicht durch Vertrag, sondern durch Erbanfall oder Legat entstanden ist. Immer liegt in dem einverständlich gemachten Aufwande der zum Betriebe erforderlichen Arbeit und des zum Betriebe erforderlichen Kapitales, deren Ertrag unter den Mitinhabern geteilt werden soll, der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages. Es entsteht ja auch aus der schlichten Sachgemeinschaft stets eine Sozietätskommission, wenn die gemeinschaftliche Sache zum Erwerbe durch gemeinschaftliche Arbeit benützt wird, soferne diese Arbeit nicht lediglich in der Verwaltung und Bewirtschaftung der gemeinschaftlichen Sache besteht; gemeinsame Verwaltung und Bewirtschaftung der gemeinsamen Sache setzen sowohl das ABGB. als das DBGB. bei Regelung der schlichten Rechtsgemeinschaft voraus; man kann daher nicht sagen, daß aus der communio schon dann ein societas wird, wenn die gemeinsame Sache von den Miteigentümern verwaltet oder bewirtschaftet wird.[4]) Die gemeinschaftliche Bewirtschaftung eines Landgutes ist lediglich schlichte Rechtsgemeinschaft, auch wenn besondere Verabredungen über die Art der Verwaltung zwischen den Miteigentümern getroffen worden sind[5]); dagegen erzeugt der gemeinschaftliche Betrieb eines Hotels infolge der größeren Bedeutung der im gemeinschaftlichen Interesse aufgewendeten Arbeit und der damit gegebenen größeren Bedeutung der Person der Teilhaber, ein Gesellschaftsverhältnis. Der Unterschied zwischen körperlicher Sache und Unternehmen deckt sich hier mit dem Unterschiede zwischen schlichter Rechtsgemeinschaft und Sozietätskommunion. Dadurch, daß die Miteigentümer eines Zinshauses dieses in ein Hotel umwandeln, daß die Miteigentümer eines Gartens auf diesem eine Handelsgärtnerei betreiben, haben sie aus dem gemeinschaftlichen Hause und Garten ein gemeinschaftliches Unternehmen geschaffen; sie stehen nunmehr bezüglich des Hauses und Gartens nicht mehr in schlichter Rechtsgemeinschaft, sondern in Sozietätskommunion.[6])

---

[4]) So Liebe, Sachenrechtliche Erörterungen, S. 134; Zeillers Bemerkung bei Ofner, II., S. 109; richtig Joerges, Zur Lehre vom Miteigentume, Goldschmidts Z., 49., S. 201.

[5]) Vgl. § 746 DBGB.

[6]) Im Ergebnisse teilweise übereinstimmend Albert Müller, Das Wesen der Gesellschaft und Gemeinschaft (1904), S. 28. Der einzige sachliche

Digitized by Google

Von diesem Gesichtspunkte aus ist auch die vielumstrittene Frage zu beantworten, wann durch Fortsetzung des Handelsgeschäftes des Erblassers durch mehrere Miterben eine offene Handelsgesellschaft begründet wird.[7]) Führen die Erben oder Collegatare das Handelsgeschäft des Erblassers auf gemeinschaftliche Rechnung fort oder bestellen sie auf gemeinsame Kosten eine dritte Person, die das Geschäft auf ihren Namen und ihre gemeinschaftliche Rechnung fortzuführen hat, so schließen sie einen Gesellschaftsvertrag.[8]) Der Aufwand der

---

Grund, der die verschiedene gesetzliche Regelung der schlichten Rechtsgemeinschaft und der Sozietätskommunion rechtfertigt, besteht darin, daß bei ersterer die Persönlichkeit der Genossen gleichgültig, bei letzterer erheblich ist. Deshalb ist es vollkommen entsprechend für die Entscheidung, ob bei irgend einer mit gemeinsamen Mitteln ausgeübten Erwerbstätigkeit schlichte Rechtsgemeinschaft oder Sozietätskommunion vorliegt, das Verhältnis der gemeinschaftlichen sachlichen Produktionsfaktoren zur persönlichen auf diese verwendeten Arbeit maßgebend zu erklären. Beim gemeinschaftlichen Bergbaubetriebe (von dem Falle, daß dieser in Form der Gewerkschaft erfolgt, ist hier abgesehen) und bei der Reederei hat das Gesetz das Überwiegen des sachlichen Momentes für den Erfolg der Erwerbstätigkeit für derartig erheblich und das persönliche Moment für so gering geachtet, daß es die Veräußerung des Anteiles am gemeinschaftlichen Bergwerksunternehmen und an der Reederei (der Schiffspart) gestattet (§ 135 BergG., § 503 DHGB.), so daß sich Eintritt und Austritt in diese Unternehmensgemeinschaft lediglich nach sachenrechtlichen Grundsätzen vollzieht. Die Frage, ob die Reederei eine vertragslose oder eine auf Gesellschaftsvertrag beruhende Gemeinschaft darstellt (für erstere Ansicht Dernburg, II./2, S. 586, für letztere Ansicht Cosack, § 113; Wagner, Seerecht, I., S. 190; Joerges, Goldschmidts Z., 49., S. 189), sollte eigentlich nicht in dieser Form gestellt werden. Eine Reederei liegt ja jedenfalls nicht schon dann vor, wenn ein Seeschiff mehreren gehört, auch wenn sie es durch gemeinschaftlichen Vertrag erworben haben, sondern erst dann, wenn die Miteigentümer das gemeinschaftliche Schiff zum Erwerbe durch Seefahrt für gemeinschaftliche Rechnung verwenden. In der Ausübung dieser gemeinschaftlichen Erwerbstätigkeit oder Anstellung einer mit dieser Ausübung betrauten Person, liegt aber immer der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages (vgl. oben Text). Mehr als die tatsächliche Verwendung des Schiffes zum gemeinschaftlichen Erwerbe durch Seefahrt verlangen aber auch diejenigen nicht, welche das Vorhandensein eines Gesellschaftsvertrages als begriffliches Erfordernis der Reederei aufstellen (vgl. Lewis in Endemanns Handb., 4., S. 56; Boyens, Das deutsche Seerecht, I., S. 242; Schaps, Das deutsche Seerecht, S. 94). Fraglich kann nur sein, ob dieser Gesellschaftsvertrag das Miteigentum am Schiffe in Gesellschaftseigentum umwandelt, eine Frage, die überall dort praktisch wird, wo das Gesetz nicht ausdrücklich entscheidet, ob auf die Reederei die Regeln über die schlichte Rechtsgemeinschaft oder die Sozietätskommunion Anwendung finden.

[7]) Vgl. Heymann, Iherings J., 42., S. 482; Voigtel, Aus dem kaufmännischen Erbrecht, Busch, 10., S. 67 ff.; Binder, III, S. 88, N. 44.

[8]) Binder a. a. O.

Digitized by Google

nötigen Arbeitsleistungen und Kosten, deren Ertrag geteilt werden soll, begründet stets ein Gesellschaftsverhältnis zwischen den Inhabern des im Erbwege oder durch Vermächtnis erworbenen Unternehmens.[9]) Trotzdem ist der wiederholt ausgesprochene Satz, daß die Fortsetzung des Handelsgeschäftes des Erblassers durch mehrere Erben nicht notwendig zur Entstehung einer offenen Handelsgesellschaft führt[10]), richtig, aber nicht deshalb, weil es an dem Erfordernisse eines Gesellschaftsvertrages fehlt, sondern deshalb, weil es in manchen Fällen an einem anderen Erfordernisse der offenen Handelsgesellschaft fehlen wird.[11])

---

[9]) Auf die bekannte Streitfrage, ob zum Tatbestande der offenen Handelsgesellschaft das Vorhandensein eines Gesellschaftsvertrages nötig ist, ob der zweite Absatz des Art. 85 HGB. nur ein in der Definition des ersten Absatzes weggelassenes Erfordernis nachholt (so Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 436, und die herrschende Meinung) oder ob eine offene Handelsgesellschaft schon dann vorliegt, wenn infolge Betriebes eines Handelsgewerbes unter einer mehreren Personen gemeinsamen Firma eine Haftung der durch die Firma bezeichneten Personen eintritt (Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften, Goldschmidts Z., 30., S. 34; Schwalb, Goldschmidts Z., 34., S. 355; K. Adler, S. 81; Staub[5], § 6 zu Art. 85), die für das DHGB. durch die Fassung des die Definition der offenen Handelsgesellschaft enthaltenden § 105 im Sinne der herrschenden Meinung entschieden ist (vgl. Denkschrift, S. 126), braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden. Die Frage ist eigentlich dahin zu stellen, ob der Gewerbebetrieb auch auf gemeinschaftliche Rechnung derjenigen Personen erfolgen muß, die deshalb haften, weil unter ihrem Namen (Firma) ein Gewerbe betrieben wird. Diese Frage kann aber bei dem im Texte erwähnten Falle, in dem der Betrieb eines den aus dem Gewerbebetriebe verpflichteten Personen gemeinschaftlichen Unternehmens vorausgesetzt wird, gar nicht aufgeworfen werden. Das Vorhandensein eines gemeinschaftlichen Unternehmens (im objektiven Sinne) ist übrigens keine Voraussetzung für das Bestehen einer offenen Handelsgesellschaft; so wenig wie dem Handelsbetriebe eines Einzelkaufmannes ein Handelsgeschäft, muß dem Betriebe eines Handelsgewerbes durch mehrere Personen ein gemeinschaftliches Handelsgeschäft entsprechen. Das Gesetz selbst setzt allerdings beides als den Normalfall voraus. Vgl. übrigens Valery a. a. O., S. 282, der das Vorhandensein eines maison de commerce als begriffliches Erfordernis der Kaufmannseigenschaft aufstellt; seine Ansicht, die für das französische Handelsrecht kaum haltbarer sein dürfte als für das österreichische und deutsche, stellt einen interessanten Versuch dar, die Kluft zwischen dem Kaufmannsbegriffe des gewöhnlichen Lebens und des Gesetzes, das Blumenverkäufer, Hausierer usw. als Kaufleute ansieht, zu überbrücken.

[10]) Vgl. aus der Judikatur: OLG. Stuttgart, Goldschmidts Z., 40., S. 457; ROHG., 11., S. 102, 23., S. 167; RG., 10., S. 103, 16., S. 340, 35., S. 19.

[11]) Die Fortführung des Unternehmens des Erblassers durch mehrere Miterben bildet sogar die geschichtliche Grundlage der offenen Handels-

Digitized by Google

So lange nämlich das Geschäft bloß auf Rechnung der Verlassenschaft, sei es durch alle Miterben oder einzelne von ihnen oder einen Verlassenschaftskurator fortgeführt wird, fehlt es an einer Mehrheit der durch den Gewerbebetrieb persönlich berechtigten und verpflichteten Personen (vgl. § 9, N. 31). Setzen die Erben das Geschäft nach der das Abhandlungsprovisorium beendenden Einantwortung fort, so steht der Umstand, daß der Erblasser letztwillig die gemeinschaftliche Fortführung des Geschäftes angeordnet hat, der Entstehung einer offenen Handelsgesellschaft nicht entgegen; die letztwillige Anordnung bildet lediglich ein Motiv für die Eingehung des durch den gemeinschaftlichen Betrieb begründeten Gesellschaftsvertrages.[12])

Führen die mehreren Erben das Geschäft des Erblassers nach der Einantwortung fort, nicht um es in seiner produktiven Seite zu erhalten, sondern nur zu Liquidationszwecken, so liegt keine offene Handelsgesellschaft vor, weil es an dem Betriebe eines Handelsgewerbes fehlt; liegen aber die Merkmale eines gewerbsmäßigen Handelsbetriebes vor, so kommt es nicht auf die tatsächliche oder beabsichtigte Dauer dieses Betriebes an. So liegt eine offene Handelsgesellschaft auch dann vor, wenn die Miterben die produktive Seite des ererbten Geschäftes durch Betrieb des Gewerbes bloß deshalb aufrecht erhalten, um das Geschäft so bald als möglich zu verkaufen oder zu verpachten.[13]) Personen, die in ihrer Handlungsfähigkeit

---

gesellschaft (Goldschmidt, Universalgeschichte, S. 287; Lastig, Goldschmidts Z., 24., S. 6; F. G. A. Schmidt in Gierkes Untersuchen, Heft 15). Der Gesellschaftsvertrag, die Begründung des Sozietätsverhältnisses liegt ja in dem Betriebe eines Handelsgewerbes auf gemeinschaftliche Rechnung und nicht in dem gemeinschaftlichen Erwerbe des für den Begriff der Handelsgesellschaft gar nicht notwendigen Handelsgeschäftes. In Verkennung dieser Umstände bestimmte der württembergische Entwurf eines Handelsgesetzbuches unter Hinweis, daß „das Charakteristische bei allen Handelsgesellschaften die freiwillige vertragsmäßige Vereinigung bilde“ (Motive hiezu S. 162), daß die Bestimmungen über Handelsgesellschaften keine Anwendung finden auf mehrere Inhaber eines Handelsgewerbes, die das Miteigentum ohne vertragsmäßige Einigung (als Erben oder Collegatare) erlangt haben (Art. 19, 180). Auf der anderen Seite begründet auch der gemeinschaftliche Erwerb eines bestehenden Unternehmens durch Vertrag an sich kein Gesellschaftsverhältnis; z. B. zwei Personen kaufen ein Handelsgeschäft, um dieses nach Betriebszweigen zu teilen und gesondert weiterzuführen.

[12]) Es liegt nicht, wie Heymann a. a. O. behauptet, eine erzwungene und daher die Annahme eines Gesellschaftsvertrages ausschließende, sondern bloß eine zwecks Vermeidung eines Rechtsnachteiles fortgesetzte Gemeinschaft vor. Es liegt jedenfalls Gewerbebetrieb auf gemeinsame Rechnung vor (vgl. oben N. 10).

[13]) Mit Unrecht wurde vom ROG., 11., S. 102, und vom RG., 10., S. 102 das Vorliegen einer offenen Handelsgesellschaft zwischen den Miterben

Digitized by Google

beschränkt sind, bedürfen zum gültigen Handelsbetriebe der Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter. Ohne diese Zustimmung erlangen sie durch einen von ihnen selbst ausgeübten oder in ihrem Namen ausgeübten Betrieb[14]) nicht die Eigenschaft eines Kaufmannes und daher auch nicht die eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft. Durch die Fortführung eines Handelsgeschäftes im Namen der minderjährigen Erben wird daher eine offene Handelsgesellschaft nur dann begründet, wenn neben den Voraussetzungen für die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages auch die Voraussetzungen vorliegen, unter denen der Minderjährige gültig ein Handelsgewerbe betreiben kann.[15]) Diese Voraussetzungen müssen nicht notwendigerweise die gleichen sein.[16]) Liegt keiner der erwähnten Umstände vor, welche die Entstehung einer offenen Handelsgesellschaft hindern, so entsteht eine solche notwendigerweise durch Fortsetzung des Handelsgeschäftes des Erblassers durch mehrere Miterben unter einer gemeinschaftlichen Firma.[17]) Wird die Firma des Erblassers beibehalten, so sind als

---

deshalb verneint, weil der gemeinschaftliche Gewerbebetrieb bloß einige Monate gedauert hat. Ganz richtig hat Staub in der 5. Aufl. seines Komm. (§ 3 zu Art. 85) die Frage, wann durch Vererbung eines Handelsgeschäftes zwischen den Erben eine offene Handelsgesellschaft entsteht, in Zusammenhang mit dem für den Bestand einer offenen Handelsgesellschaft aufgestellten Erfordernisse des Betriebes eines Handelsgewerbes gebracht, während bei Staub[8] (Anm. 26 zu § 27, Anm. 7 zu § 105) die Frage unter dem Gesichtspunkte erörtert wird, ob in der Fortführung des Geschäftes durch mehrere Erben ein Gesellschaftsvertrag gelegen ist.

[14]) Vgl. § 233 ABGB. a. E., wonach der Vormund eine Fabrik, einen Handel oder ein Gewerbe ohne gerichtliche Genehmigung weder anfangen, noch fortsetzen kann.

[15]) Das RG., 35., S. 19 hat in einem solchen Falle (die Witwe hatte das Geschäft ihres Gatten in ihrem und ihrer minderjährigen Kinder Namen fortgeführt) nur auf das erste Moment Bedacht genommen und das Bestehen einer offenen Handelsgesellschaft deshalb verneint, weil es an der zum gültigen Abschlusse eines Gesellschaftsvertrages nötigen Zustimmung der Vormundschaftsbehörde gefehlt hat.

[16]) Es ist ganz gut denkbar, daß das Zivilrecht den gesetzlichen Vertreter Pflegebefohlener zum Abschlusse von Gesellschaftsverträgen ermächtigt, die Rechtsgültigkeit des Betriebes eines Handelsgewerbes aber von der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde abhängig macht.

[17]) Unrichtig ist daher die Entscheidung des ROHG., 23., S. 167, daß der Fortbetrieb des Geschäftes des Erblassers durch die Witwe in ihrem und ihrer Kinder Namen (unter einer Firma) keine offene Handelsgesellschaft und keine persönliche Haftung der Kinder begründe, weil nach dem betreffenden Partikularrechte im Falle der communio prorogata die Kinder nur mit ihrem, der Verfügung der Witwe unterliegenden Vermögen haften. Behrend (§ 61, N. 4) bemerkt bei Wiedergabe dieser von ihm gebilligten Entscheidung, daß nicht notwendigerweise jede Beteiligung mehrerer Personen

Digitized by Google

deren Inhaber nunmehr die Erben als Gesellschafter einzutragen; wird eine neue Firma gewählt, so ist die Firma des Erblassers zu löschen und die gewählte Gesellschaftsfirma als neue Firma einzutragen. Die Tatsache, daß das vom Erblasser und das von den Erben als Gesellschaftern betriebene Geschäft identisch ist, hat im Handelsregister keinen Ausdruck zu finden.

Der Betrieb eines gemeinschaftlichen Unternehmens auf gemeinschaftliche Rechnung begründet an sich noch keine offene Handelsgesellschaft. Das Handelsgesetzbuch stellt als Begriffsmerkmal der offenen Handelsgesellschaft den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma auf. Dieses Erfordernis verliert aber in dem hier allein behandelten Falle, daß dem Betriebe eines Handelsgewerbes ein gemeinschaftliches Unternehmen (im objektiven Sinne) entspricht, an Bedeutung. Hält man an der herrschenden Ansicht fest, daß eine offene Handelsgesellschaft bei Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen[18]) auch dann vorliegt, wenn die Gesellschaftsfirma keine zulässige ist, weder den Vorschriften über die Firma einer offenen Handelsgesellschaft, noch den allgemeinen firmenrechtlichen Vorschriften des Handelsgesetzbuches entspricht[19]), so ist dem Erfordernisse des Gewerbebetriebes unter gemeinschaftlicher Firma schon dann entsprochen, wenn durch ein während der ganzen Dauer des Geschäftsbetriebes ständiges Merkmal[20]) zum Ausdrucke gebracht wird, daß die Geschäfte, die den Gegenstand des Unternehmens bilden, im Namen aller Mitunternehmer geschlossen werden.[21])

---

an einem Handelsgeschäfte unter eine der im Handelsgesetzbuche aufgezählten Gesellschaftsformen subsumiert werden müsse. Das ist richtig; aber das Gesetz hat erschöpfend die Bedingungen aufgezählt, unter denen jemand, der ein Handelsgewerbe betreibt — und auch derjenige, in dessen Namen ein Handelsgewerbe betrieben wird, betreibt ein Handelsgewerbe — für die aus dem Gewerbebetriebe entspringenden Verbindlichkeiten nicht mit seinem ganzen Vermögen haftet.

[18]) Gedacht ist hiebei hauptsächlich an die Bestimmungen des § 7, Abs. 2 EinfG. zum HGB.

[19]) Vgl. Behrend, S. 402, N. 2; Cosack, S. 492; Lehmann-Ring, S. 223; Staub, Anm. 20 zu § 105; RG. in Strafsachen, 24., S. 261.

[20]) Es muß also mehr vorliegen als die sogenannte Außengesellschaft (vgl. Dernburg, II., 2., S. 534), die schon dann gegeben ist, wenn auf irgend eine beliebige Weise zum Ausdrucke gebracht wird, daß die auf Rechnung der einzelnen Gesellschafter geschlossenen Geschäfte auch in ihrem Namen geschlossen werden.

[21]) Schon die bloße Aneinanderreihung der Namen der einzelnen Gesellschafter stellt eine zulässige Gesellschaftsfirma dar. (Frankl, Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, S. 6.)

Digitized by Google

Dies ist schon der Fall, wenn mehrere Mitunternehmer ein mit einem bestimmten Namen bezeichnetes Unternehmen gemeinschaftlich betreiben.[22]) Jeder, der im geschäftlichen Verkehr unter Bezugnahme auf den Namen eines bestimmten Unternehmens handelt, gibt damit zu erkennen, daß er den Inhaber oder die Inhaber dieses Unternehmens berechtigen und verpflichten will. Berechtigt und verpflichtet werden — die Vertretungsmacht der handelnden Person vorausgesetzt — diejenigen, die sich dem Verkehr gegenüber als Inhaber des betreffenden Unternehmens bekennen. Der Name des Unternehmens wirkt als formell unzulässige, aber materiell wirksame Sachfirma.[23]) Für die strenge juristische Unterscheidung zwischen Firma und Etablissementsname hat der Verkehr im allgemeinen kein Verständnis. Bei Betrieben, die nicht unter das Firmenrecht fallen oder bei denen die Firma im Verkehre keine Beachtung findet, wie bei Gasthäusern, Apotheken usw., dient im geschäftlichen Verkehr der Etablissementsname zur Bezeichnung des Unternehmens und des Unternehmers.[24])

§ 16.

2. Haftung für die aus dem Betriebe eines gemeinschaftlichen Unternehmens entspringenden Verbindlichkeiten.

Entsteht durch den Betrieb des gemeinschaftlichen Unternehmens keine offene Handelsgesellschaft [1]), so richtet sich die Haftung der

[22]) Es muß nicht gerade die Bezeichnung einer bestimmten Betriebsstätte (Etablissementsname im eigentlichen Sinne) sein. Im Verkehr pflegt man auch Transportunternehmungen, Vermittlungsbureaus mit bestimmten Namen zu bezeichnen. Auch der Titel einer Zeitung, der übrigens für eine Aktiengesellschaft eine zulässige Firma bildet, kann die im Texte erwähnte Wirkung haben.

[23]) Die Unzulässigkeit derartiger Firmen für eine offene Handelsgesellschaft ist erst jüngeren Datums (vgl. Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, II., S. 176, N. 90; Treitschke, Die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft, S. 78; für Österreich: Wildner, Das österreichische Fabrikenrecht, S. 74).

[24]) Wechselerklärungen und ähnliche Formalakte sind allerdings nur wirksam, wenn der Name, mit dem sie unterzeichnet sind, den zulässigen Namen der Person bildet, die durch die unterzeichnete Erklärung berechtigt und verpflichtet werden soll. (Vgl. Staub, Komm. zur WO., § 11 zu Art. 4, § 5 zu Art. 21 und die dort angeführte Literatur.) Wer durch solche Formalakte berechtigt und verpflichtet wird, muß sich leicht und zweifellos feststellen lassen. Die älteren Vorschriften des österr. Rechtes über Firmenregistrierung weisen einen sichtbaren Zusammenhang mit der Ausstellung von Wechseln auf; oft wird in diesen Vorschriften (vgl. Pauernfeindt a. a. O., S. 120 ff.) die Verpflichtung zur Firmenregistrierung von der Befugnis oder Absicht, im geschäftlichen Verkehre Wechsel auszustellen, abhängig gemacht.

[1]) Über die im HGB. klar und umfassend geregelte und in der Lite-

Digitized by Google

Mitunternehmer für die im Betriebe des Unternehmens begründeten Verbindlichkeiten nach den Bestimmungen des ABGB. und wenn der Betrieb des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht auch nach den nicht das Vorliegen einer offenen Handelsgesellschaft und nicht die Vollkaufmannseigenschaft voraussetzenden Bestimmungen des HGB.[2]) § 1201 ABGB. bestimmt „ohne ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung ihrer Mitglieder oder ihrer Bevollmächtigten kann die Gesellschaft einem Dritten nicht verbindlich gemacht werden". Der Rechtssatz, daß ein Gesellschafter nicht auf Grund des Gesellschaftsvertrages seine Mitgesellschafter durch eine in Verfolgung des gesellschaftlichen Zweckes vorgenommene Rechtshandlung verpflichten kann, ist selbstverständlich.[3]) Der Schwerpunkt der Bestimmung des ersten Satzes des § 1201 ABGB. liegt in der Bestimmung, daß beim gemeinschaftlichen Betrieb eines Unternehmens — an eine Gesellschaft zu einem solchen Zwecke denken ja vornehmlich die §§ 1181 ff. — ein Mitunternehmer an sich noch nicht für die von seinen Genossen im Betriebe des gemeinschaftlichen Unternehmens geschlossenen Geschäfte haftet. Es hat freilich nicht viel gefehlt, daß sich in die Gesetzgebungen der dem Verkehrsbedürfnisse gewiß entsprechende Rechtssatz[4]) Eingang verschafft hätte, daß mehrere Personen, die dem Verkehr gegenüber als Inhaber eines Unternehmens auftreten, auf Grund dieser Tatsache allein für alle von einem Genossen im Betriebe dieses

---

ratur bereits eingehend behandelte Haftung der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft soll hier nicht weiter gesprochen werden; dagegen scheint eine eingehendere Erörterung dieser Frage — so weit es der Zusammenhang mit dem Gegenstand dieser Arbeit gestattet — für die Erwerbsgesellschaft des österr. bürgerlichen Rechtes durch die stiefmütterliche Behandlung, die diese Materie in der Literatur erfahren hat, gerechtfertigt. Die Lehre von der Erwerbsgesellschaft des ABGB. entbehrt trotz der geringen Zahl der einschlägigen Entscheidungen des OGH., der praktischen Bedeutung nicht, da mit Rücksicht auf den enggezogenen Kaufmannsbegriff des geltenden HGB. (vgl. dagegen § 2 DHGB.) und die Bestimmung des § 7, Abs. 2 EinfGes. zum HGB. eine große Anzahl von Vereinigungen zum gemeinschaftlichen Gewerbebetriebe vom Geltungsbereiche des Handelsgesellschaftsrechtes ausgeschlossen ist.

[2]) In Betracht kommen Art. 47 ff., 280, 281.

[3]) Ganz überflüssiger Weise spricht dies noch Art. 269 HGB. für die Gelegenheitsgesellschaft aus.

[4]) Nehmen wir an, daß zwei Personen eine Zeitung herausgeben und sich auf dem Blatte als Eigentümer bezeichnen. Der eine, der vereinbarungsgemäß von jeder Einmischung in den Geschäftsbetrieb ausgeschlossen ist, macht ohne Vorwissen des anderen unter Hervorhebung seiner Eigenschaft als Eigentümer der betreffenden Zeitung eine Bestellung von Druckpapier. Dem Billigkeitsgefühle würde eine Haftung des anderen Zeitungseigentümers entsprechen.

Digitized by Google

Unternehmens[5]) geschlossenen Geschäfte haften. Zur Anerkennung des in den italienischen Statutarrechten des Mittelalters entwickelten Rechtssatze, daß für alle im Betriebe einer gemeinschaftlichen statio bottega taberna oder negotiatio von einem Genossen abgeschlossenen Geschäfte die übrigen haften[6]), konnte sich die juristische Literatur, die bloß in der stillschweigenden gegenseitigen praepositio institoris[7]) ein Mittel hatte, diesen Rechtssatz mit den Bestimmungen des römischen Rechtes in Einklang zu bringen, nur zögernd entschließen. Gewöhnlich wurde beim gemeinschaftlichen Betriebe eines Geschäftes eine stillschweigende gegenseitige praepositio institoris nur dann angenommen, wenn die mehreren Gesellschafter unter sich die Geschäftsführung nach Orten oder Betriebszweigen geteilt hatten.[8]) Weiter geht Lauterbach in seiner „Disputatio de sociorum obligatione".[9]) Er stellt (§ 49) die allgemeine Regel auf, daß aus dem Kontrakte eines

[5]) Das HGB. hat — freilich gegen von verschiedenen Seiten erhobene Einsprüche — sogar diese Beschränkung fallen gelassen.

[6]) Vgl. Weber, Zur Geschichte der Handelsgesellschaft nach südeuropäischen Quellen, S. 74; Lastig, Goldschmidts Z., 24, S. 438; Goldschmidt, Universalgeschichte, S. 280; K. Adler, S. 45. Ob man jetzt mit Weber und Lastig in der Haftung der mehreren Etablissementsinhaber eine Reminiszenz oder Abschwächung der im alten Langobardenrechte statuierten Haftung der Familiengenosssen erblickt oder mit K. Adler diese Haftung auf das Bestreben, Schädigungen der Gläubiger durch unkontrollierbare Exszindierungsansprüche hintanzuhalten zurückführt, jedenfalls steht die Tatsache einer an dir bestehende Unternehmensgemeinschaft geknüpften Haftung der Mitunternehmee für die Handlungen eines von ihnen im Betriebe des gemeinschaftlichen Unternehmens fest (vgl. insbes. Lastig in Endemanns Handb., I., S. 331).

[7]) Diese Konstruktion wurde der Theorie durch L 4 pr. D. 14, 1, die die gegenseitige stillschweigende praepositio institoris zwar erwähnt, aber ablehnt, geradezu aufgedrängt (vgl. K. Adler, S. 52). Dabei wurde immer als ganz selbstverständlich vorausgesetzt, daß der in L 4 pr. D. 14, 1 für mehrere Mitreeder aufgestellte Rechtssatz: „neque enim invicem sui magis tri videntur" auch anzuwenden sei „si plures tabernam exercent", obgleich im Titel de institoria actione (14, 3) keine entsprechende Bestimmung enthalten ist. So sagt schon Bartolus, Komm. zu L 4, D. 14, 1: „tic textus loquitur de nave, sed saepe et scepius locum habet in aliis mercantiis".

[8]) So Bartolus, Komm. zu L 9, D. 45, 2; L 4 D. 14, 1; Voet, XVII., 2, Nr. 14; Lauterbach, Koll. XVII, 2, § 45 und ziemlich übereinstimmend mit Lauterbach sagt Kod. Ther., III., Kap. 14, § 108: „Eine solche stillschweigende Vollmacht wird vermutet, wenn ein jeder Gesellschafter in Sonderheit einen verschiedenen Teil deren Geschäften besorgt, als einer den Warenhandel, der andere den Geldwechsel oder auch einerlei Geschäften in verschiedenen Örten, als einer zu Wien, der andere zu Prag . . ."

[9]) Aus dem Jahre 1668, abgedruckt im 3. Bande der dissertationes academicae.

Digitized by Google

Sozius die anderen nicht obligiert werden. Unter den verschiedenen für die mercatores geltenden Ausnahmen erwähnt er (§ 62) den Fall: Duo pluresve ineunt societetem de certarum rerum mercatura per se ipsos in una statione exercenda. In diesem Falle nimmt Lauterbach unter Berufung auf die Statuten von Hamburg, Venedig und Florenz an, daß aus jedem Geschäfte eines Sozius, das in den Geschäftszweig der Gesellschaft fällt, alle anderen Gesellschafter solidarisch verpflichtet werden; er sagt (§ 64): Tacite sibi invicem mandasse censentur, ut quilibet res venales et ad societetem pertinentes secundum eius forman vendet. Ebenso nimmt Stryk (1713, Usus mod., XVII., 2, § 29) eine stillschweigende Bestellung jedes socius zum institor schon dann an, „si socii singuli seperatim negotia quaedam exerceant . . . vel si plures socii in una statione promiscue negotiantur".[10]) Der von Lauterbach und Stryk aufgestellte Rechtssatz ist zu einer allgemeinen Anerkennung nicht gelangt, er wurde von der auch die Kodifikationen beeinflussenden Literatur des 18. und des Beginnes des 19. Jahrhunderts durch einen anderen Rechtssatz ersetzt. Die Haftung eines Sozius für die Handlungen des anderen, die bisher an den gemeinschaftlichen Betrieb eines Geschäftes geknüpft war, wurde mit der Gesellschaftsfirma in Zusammenhang gebracht. Der aus Italien stammende und sich bald in Deutschland[11]) Eingang verschaffende Gebrauch einer Gesellschaftsfirma verdankt nach den Darstellungen von Weber und Goldschmidt seine Entstehung dem Bestreben, einen Anhaltspunkt für die Entscheidung zu gewinnen, welche Geschäfte ein Sozius auf Rechnung der Gesellschaft und welche er auf private Rechnung geschlossen hat. War ursprünglich der Abschluß des Geschäftes in der gemeinschaftlichen bottega statio usw. ein Kennzeichen für den Willen, das Geschäft im Namen der Gesellschaft zu schließen, so war es später der Gebrauch der Gesellschaftsfirma beim Abschlusse des Geschäftes. Daneben konnte die Firma noch die Funktion erfüllen, daß durch sie der dritte Kontrahent den Namen der ihm verpflichteten Inhaber des Unternehmens erfahren konnte.[12]) Wieso die Annahme einer Gesellschaftsfirma neben den erwähnten Wirkungen, nämlich der Erzeugung

---

[10]) Vgl. hiezu Gensel, Archiv für Wechselrecht, 1, S. 100; Goldschmidt, Universalgeschichte, S. 283.

[11]) Für Österreich ist der häufige Gebrauch einer Gesellschaftsfirma bereits in der Wechselordnung vom Jahre 1717 erwähnt.

[12]) Wenn der Firmenwortlaut diese Namen enthielt. Wer die Gesellschafter waren, deren Namen im Firmenwortlaute nicht enthalten waren, ergab — soferne kein unserem Handelsregister entsprechendes Verzeichnis geführt wurde — bloß die Tatsache des gemeinsamen Geschäftsbetriebes (Goldschmidt, S. 276).

Digitized by Google

eines im Gebrauche dieser Firma liegenden Indizes für den Vertretungswillen und der Möglichkeit der Gewährung eines Anhaltspunktes, in welcher Personen Namen ein Geschäft abgeschlossen wurde, noch die weitere Wirkung der Entstehung einer gegenseitigen Vertretungsmacht der Firmenträger haben sollte, ist nicht abzusehen. Dessenungeachtet hat sich in der Literatur nach und nach der Rechtssatz Eingang verschafft, daß die Annahme einer Gesellschaftsfirma und nur diese eine gegenseitige Haftung der Gesellschafter für die Handlungen eines von ihnen erzeugt.[13])

Die Änderung in der Auffassung der Literatur blieb nicht ohne Einfluß auf die Gesetzgebung; während in der deutschen Partikulargesetzgebung des 16. und 17. Jahrhunderts, soferne überhaupt eine gegenseitige Haftung der Gesellschafter für die Rechtshandlungen eines Gesellschafters angenommen wurde, auf das Vorhandensein einer Gesellschaftsfirma kein Gewicht gelegt wurde[14]), machen die Gesetze seit dem Ende des 18. Jahrhunderts eine solche Haftung von dem Bestehen einer Gesellschaftsfirma abhängig. So stellt das ALR. (I., 17, § 230) den Grundsatz auf, daß eine Gesellschaft in der Regel nur durch gemeinschaftlich abgeschlossene Verträge verpflichtet wird, sagt aber von der unter gemeinschaftlicher Firma auftretenden Gesellschaft (II., 8, § 633), daß jedes Mitglied als Faktor anzusehen ist. Der Code civile verneint in § 1862 die Haftung der keine Handelsgesellschaft bildenden Gesellschafter für die ohne Vollmacht der übrigen vorgenommene Rechtshandlung eines Gesellschafters, während nach Art. 22 des Code de commerce die Gesellschafter einer Gesellschaft zum Betriebe eines Handelsgewerbes mit gemeinschaftlicher Firma für jede von einem Gesellschafter vorgenommene Rechtshandlung haften. Das ABGB., das dem bereits erwähnten Rechtssatze in § 1201 hinzufügt: „bei Handelsleuten begreift das kundgemachte, einem oder mehreren Mitgliedern erteilte Recht, die Firma zu führen, nämlich

---

[13]) Vgl. Duntze in Elvers Themis, NF., 1, S. 67; Pöhls Handelsrecht, S. 216; Bender, Handelsrecht, S. 56; Hillebrand, Deutsches Privatrecht, S. 378; Mittermaier, Deutsches Privatrecht, § 555; auch Thöl schon in seinen älteren vor den HGB. herausgegebenen Auflagen; Siegmann, Z. für Rechtspflege und Verwaltung, 14, S. 394; auch bei SeuffA., 2, Nr. 179, 3, Nr. 195, 360, 12, Nr. 270, wird die gegenseitige Vertretungsmacht als Folge der Existenz einer Gesellschaftsfirma dargestellt.

[14]) Vgl. der Stadt Nürnberg verneuerte Reformation vom Jahre 1564 (18. Tit., 3. Gesetz); Hamburger Statut von 1603, II. Teil, Tit. 10, Art. 8; Frankfurter Reformation von 1611, II. Teil, Tit. 23, Art. 9; dazu Orth, Anmerkungen zur Frankfurter Reformation, II., S. 504; vgl. hiezu Stobbe, Goldschmidts Z., 8, S. 51 und zur ganzen Rechtsentwicklung Gensel a. a. O.

Digitized by Google

alle Urkunden und Schriften im Namen der Gesellschaft zu unterschreiben, schon eine allgemeine Vollmacht in sich (§ 1028)," knüpft die gegenseitige Vertretungsmacht nicht schon an das Vorhandensein einer Gesellschaftsfirma, sondern stellt nur die Auslegungsregel auf, daß die einem Gesellschafter erteilte Befugnis zur Führung der Firma als Einräumung einer Vertretungsmacht anzusehen sei.[15])

§ 1203 ABGB. bestimmt, daß bei gesellschaftlichen Forderungen und Schulden, jedes Mitglied für seinen Anteil ein Recht oder eine Verbindlichkeit zur Zahlung habe.[16]) Das ABGB. hat aus dem von ihm

[15]) Auch in der Literatur wurde gegen die herrschende Ansicht, daß schon aus dem Bestande einer Gesellschaftsfirma die gegenseitige Vertretungsmacht der Gesellschafter folge, indem jeder Gesellschafter zur Firmierung ipso jure befugt sei, soferne ihm dieses Recht nicht entzogen ist, hin und wieder die Ansicht vertreten, daß die Befugnis, unter der gemeinsamen Firma zu handeln, einem Gesellschafter ausdrücklich verliehen sein müsse (vgl. noch aus späterer Zeit Bluntschli, Pr. R., II., S. 96 ff.).

[16]) Die Frage, ob der letzte Satz des § 1203, der bestimmt, daß bei Handelsleuten, im Zweifel aktive und passive Korrealität Platz greift, heute noch auf sogenannte Kleinhandelsgesellschaften anwendbar ist, muß verneint werden. Diese Bestimmung ist durch das HGB. aufgehoben worden (Randa, II., S. 183, Saxl, Über den Umfang der derogatorischen Wirkung des HGB. gegenüber dem Zivilrecht, ZBl., 8., Heft 3). Es fehlt auch an jedem Anhaltspunkte für eine Bestimmung des Begriffes der Handelsleute; die Zugrundelegung des Kaufmannsbegriffes des HGB. wäre Willkür. Soweit es sich um Handelsgeschäfte handelt, ergibt sich die Solidarhaft mehrerer eine Kleinhandelsgesellschaft bildender Kaufleute aus Art. 280 (Randa, II., S. 183). Eine Solidarhaft mehrerer Mitunternehmer für eine nicht aus Verträgen entspringende Verbindlichkeit, ist in § 77 PersStG. ausgesprochen. Auch findet Zeillers Ansicht (Com. III., S. 564), daß der Schlußsatz des § 1203 ABGB. sich nur auf die unter einer gemeinschaftlichen Firma auftretende Gesellschaft beziehe, in den Bestimmungen der §§ 1201, 1204 und des Art. 8 der WO. aus dem Jahre 1763 eine starke Stütze. Allerdings war zur Zeit der Verfassung des ABGB. noch nicht die schon bei Bartolus (vgl. seine bei Troplong, Commentar de contrat de société, Nr. 362 mitgeteilte Erklärung der Solidarhaft der unter einer gemeinschaftlichen Firma handelnden Gesellschafter „ex virtute dictorum verborum") vertretene Ansicht zur allgemeinen Anerkennung gelangt, daß die Solidarhaft mehrerer Gesellschafter an den Gebrauch einer gemeinschaftlichen Firma geknüpft sei. Dagegen wurde in der Literatur der Neuzeit wiederholt von dem Grundsatze, daß mehrere Gesellschafter nur pro rata parte haften, eine Ausnahme für die societas inter mercatores anerkannt (Marquard, II., Cap. XI, der überhaupt nur an die societas inter mercatores denkt; Pufendorf, Observationes, IV., Obs. 24, S. 62; Lauterbach, De jure in curia merectorum usitato [Dissert. acad. III.] § 152). Auch die sächsische Praxis hat unter Einschränkung eines Ausspruches Carpzovs (Def. for. P. II., Const. 17, Def. 12) die Solidarhaft aller Mitglieder einer Handelsgesellschaft oder Inhaber ähnlicher gewerblicher Unternehmungen ohne Rücksicht auf das Vorhandensein einer Gesellschaftsfirma angenommen (vgl. Siegmann, Z. für Rechtspflege und Ver-

Digitized by Google

anerkannten Prinzip der direkten Stellvertretung die richtige Konsequenz gezogen, daß das von einem Machthaber der Gesellschaft geschlossene Geschäft rechtlich als von den Gesellschaftern geschlossen anzusehen ist und hat daher mit der schon zu Beginn der Neuzeit begründeten und im 19. Jahrhundert noch verbreiteten Lehre gebrochen, daß bezüglich der Haftung mehrerer Reeder oder Miteigentümer eine Handlung zu unterscheiden sei, ob sie gemeinschaftlich oder durch einen Bevollmächtigten gehandelt haben, daß gemäß L 1, § 25, L 2, L 4 pr., § 1, D 14, 1; L 13, D 14, 3, im ersten Falle Haftung pro rata, im zweiten Falle Solidarhaft eintrete.[17])

waltung, N. F., 14., S. 385, dazu Haubold, Lehrb. des sächsischen Privatrechtes, S. 440; Langen und Kori, Erörterung praktischer Rechtsfälle, II., S. 147). Erst die Schriftsteller des 19. Jahrhunderts haben die Solidarhaft der Gesellschafter einer Handelsgesellschaft an das Bestehen einer gemeinsamen Firma geknüpft (Martens, Handelsrecht, S. 33; Bender, Handelsrecht, S. 304; Heise, Handelsrecht, S. 56; Bluntschli, Pr. R., II., S. 96; Maurenbrecher, II., Pr. R., S. 43; Ortloff, Pr. R., S. 458; Mittermaier, Pr. R., § 555 u. a. m.)

[17]) Vgl. unter andern: Petrus de Ubaldis, de duotus fratribus, P. IX; Leyser, Meditationes Spec. 185; Lauterbach, Coll. XVII, 2., §§ 37, 44; Mevius, Comm. in jus Lubecense, Lib. III, Tit. 9, Art. 5. Diese Ansicht findet sich noch bei Glück, 14., S. 262 ff.; Treitschke Erwerbsgesellschaft §§ 54, 57; Thöl (1847), S. 138 und ist auch in die österreichische Literatur der Kodifikationszeit übergegangen (vgl. Wiener Heineccius, S. 681). Daß die Ableitung der Solidarhaft aus den erwähnten Quellenstellen mit dem Prinzipe der direkten Stellvertretung im Widerspruche steht, hat Pernice (Savigny Z., 3. rom. Abtg., S. 92) deutlich dargelegt (vgl. hiezu Windscheid, § 407, N. 7 und die dort angeführte Literatur), vielleicht auch schon Voet gefühlt, wenn er bei Darstellung der actio exercitoria (Nr. 5), der a. institoria (Nr. 2) und der a. pro socio (Nr. 13) die Unanwendbarkeit der römischen Bestimmungen über die Solidarhaft mehrerer Reeder oder Handlungsherren unter Hinweis auf den „usus hodiernus“ leugnet. Die Solidarhaft (Solidarität im römischen Sinne) mehrerer Reeder oder Handlungseigentümer für die von einem magister oder institor vorgenommenen Geschäfte im Gegensatze zur Teilhaftung bei gemeinschaftlich vorgenommenen Geschäften, beruht darauf, daß jedem Reeder oder Handlungsherrn auf Grund der von ihm ausgehenden praepositio die Folgen des von dem magister oder institor geschlossenen Geschäftes zugerechnet werden; diese Solidarhaft fällt unter jene Gruppe von Fällen, in denen mehreren Personen eine Solidarhaft deshalb auferlegt wird, weil infolge eines bestimmten Verhaltens ihrerseits, ihnen die Folgen einer von einer dritten Person vorgenommenen Handlung zugerechnet werden (vgl. Baron, Die Gesamtrechtsverhältnisse, S. 222, 262: „gedankenmäßiger Ausschluß der geteilten Imputation“). Die in L 2, D 14, 1 enthaltene Erklärung der Solidarhaft mehrerer Reeder „ne in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxit“, die uns Gaius, dem diese Erklärung der Solidarität geläufig zu sein scheint (vgl. L 27, § 8, D 15, 1), gibt, kann nicht befriedigen: Handelt der magister oder institor mit offener Vollmacht (darüber, ob dies notwendig war, vgl. außer den Pandektenlehrbüchern Kleineidam, Die Haftung des Geschäftsherrn, 1895, S. 30 ff.; Schloßmann, Stellvertretung,

Digitized by Google

Unter dem Anteil, zu dem jeder Gesellschafter für eine Gesellschaftsschuld haftet und zu dem jeder Gesellschafter berechtigt ist, eine Gesellschaftsforderung einzuziehen, ist der Anteil gemeint, zu dem jeder Gesellschafter im inneren Verhältnis an der betreffenden Schuld oder Forderung partizipiert; sonst hätte das Gesetz irgend einer Ausgleichungspflicht Erwähnung getan. Jener Betrag, um den das Aktivsaldo sich vermindert oder das Passivsaldo sich erhöht hätte, wenn dem Gesellschaftsgläubiger der ganze Forderungsbetrag aus der Gesellschaftskasse gezahlt worden wäre oder jener Betrag, um den das Aktivsaldo sich erhöht oder das Passivsaldo sich vermindert hätte, wenn der Gesellschaftsschuldner den ganzen Betrag in die Gesellschaftskasse bezahlt hätte, ist der Betrag, den jeder Gesellschafter auf Verlangen den Gesellschaftsgläubigern zu zahlen hat oder den er vom Gesellschaftsschuldner einziehen kann. Es findet bezüglich der nicht aus der Gesellschaftskasse gezahlten Schulden und der nicht in die Gesellschaftskasse eingezahlten Forderungen, eine Art antizipierter Auseinandersetzung statt.[18])

I., S. 172), so weiß jeder Gegenkontrahent, daß ihm mehrere Prinzipale haften (worauf schon Paul de Castro in der bei Troplong, Nr. 363 zitierten Stelle hinweist); handelt der magister oder institor ohne offene Vollmacht, so geschieht dem Gegenkontrahenten kein Unrecht, wenn er neben dem Schuldner, auf den er allein rechnet, noch mehrere pro rata haftende Mitschuldner erhält.

[18]) Man kann nicht statt der im Texte aufgestellten Berechnung einfach sagen, daß der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden nach Verhältnis des Anteiles am Verluste hafte und zur Einziehung der gesellschaftlichen Forderungen nach Verhältnis seines Anteiles am Gewinne berechtigt sei. Für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes bedeutet nicht die Entstehung jeder Gesellschaftsschuld Verlust und die Entstehung jeder Gesellschaftsforderung Gewinn. Im Sinne des Gesetzes (§ 1192) ist Gewinn die rechnungsmäßige Differenz zwischen den in einem gegebenen Momente vorhandenen Gesellschaftsaktiven einerseits und den Gesellschaftspassiven und dem Hauptstamme andrerseits. Unter Hauptstamm ist hier nicht die reale Gesamtheit der vorhandenen Gesellschaftsaktiven — so gebraucht § 1182 ABGB. diesen Ausdruck — zu verstehen, sondern der Wert der geleisteten Einlagen; in diesem Sinne als eine bloße Rechnungsgröße, gewissermaßen als gesellschaftliches Grundkapital, gebrauchen diesen Ausdruck die §§ 1183, 1192. Verlust im Sinne des Gesetzes ist vorhanden, wenn der Wert der realen Gesellschaftsaktiven den Betrag des Hauptstammens und der Gesellschaftspassiven nicht erreicht. Ein Beispiel soll dies deutlich machen: Der Wert der ursprünglichen, aus Einlagen der Gesellschafter A und B im Betrage von 8000 K und 4000 K entstehenden Gesellschaftsaktiven beträgt 12.000 K; der Gewinn ist nach gleichen Teilen, der Verlust nach Verhältnis der Einlagen zu verteilen. In einem gegebenen Zeitpunkte beträgt das Gesellschaftsvermögen infolge eines erzielten Gewinnes von 3000 K 15.000 K. Das Saldo des A beträgt daher 9500 K, das des B 5500 K. Entsteht nun in diesem Momente eine Gesellschaftsschuld im Be-

Digitized by Google

Die sich für Gesellschaftsgläubiger und Gesellschaftsschuldner, die doch von dem Vermögensstande der Gesellschaft, der Höhe der Einlagen und der vereinbarten Gewinn- und Verlustverteilung nicht leicht Kenntnis haben können[19]), ergebenden Schwierigkeiten sind die natürliche Folge des verunglückten Versuches der Gesetzgebung, für die Haftung der Mitglieder einer Erwerbgesellschaft dem Gläubiger gegenüber das innere Verhältnis für maßgebend zu erklären.[20])

---

trage von 6000 K und würde diese aus der Gesellschaftskasse berichtigt, so betrügen die Gesellschaftsaktiven nur mehr 9000 K, die Gesellschaft hätte also einen Verlust im Betrage von 3000 K erlitten, zu dem die beiden Gesellschafter im Verhältnis von 2:1 beizutragen haben. Das nur mehr 6000 K betragende Aktivsaldo des A ist also um 3500 K, das nur mehr 3000 K betragende Aktivsaldo des B ist um 2500 K verringert. Mit diesen Beträgen haben die beiden Gesellschafter dem Gesellschaftsgläubiger, dessen Forderung aus der Gesellschaftskasse nicht berichtigt wurde, aufzukommen. Bei Zugrundelegung des Verhältnisses der Verlustverteilung würde A 4000 K, B 2000 K zahlen müssen und auf diese Weise A einen Verlust erleiden, den er nach dem Gesellschaftsvertrage gar nicht zu tragen hat. Auf dem gleichen Prinzipe, wie das hier angewendete, beruht K. Adlers Berechnung der dinglichen Quote der Gesellschafter an allen vorhandenen Gesellschaftsaktiven; hierüber unter § 18, N. 46.

[19]) Die nach der im Texte angegebenen Art und Weise zu berechnende Haftung der Gesellschafter wird freilich dort, wo die erwähnten Schwierigkeiten für die Gläubiger bestehen, angesichts der selbständigen Haftung des Gesellschaftsfonds (vgl. unten N. 27), während des Bestehens der Gesellschaft kaum praktisch werden.

[20]) Mit der Bestimmung des § 1203 hat das ABGB. eine weitverbreitete Lehre, die auch in einige, dem ABGB. zeitlich nachfolgende Gesetze, nicht aber in das DBGB. (vgl. Mot. II., 6, 12) Eingang gefunden hat, akzeptiert, nämlich die Lehre, daß das innere Gesellschaftsverhältnis für Verbindlichkeiten, für die die Gesellschafter als solche haften, auch dem Gläubiger gegenüber maßgebend sein soll. Die Lehre wurde in der Regel so formuliert, daß für Gesellschaftsverbindlichkeiten, soferne keine Solidarhaft eintritt, eine Haftung des einzelnen Gesellschafters: pro rata parte societatis, pro parte qua quisque socius est, pro eo parte quam in societate habet, angenommen wurde. In dieser Allgemeinheit ist der Satz in den römischen Quellen, auf die man sich zur Begründung dieser Ansicht berufen hat, nicht ausgesprochen. Von L 9, C 4, 2, L 69, D 17, 2, wo überhaupt von einem die Haftung gegenüber den Gläubigern bestimmenden Maßstab nicht gesprochen wird und von L 11, § 12, D 45, 2, wo von Kopfteilen die Rede ist, kann ganz abgesehen werden. Die in L 44, § 1, D 21, 1 erwähnte und als Regel vorausgesetzte Haftung der mehreren Verkäufer eines Sklaven pro portione, qua socii fuerint, bedeutet lediglich eine Haftung nach Maßgabe des Miteigentumes an gemeinschaftlichen Sklaven (vgl. Rösler, Goldschmidts Z., 4., S. 262); aus dieser Stelle läßt sich bloß der Rechtssatz ableiten, daß mehrere Miteigentümer einer Sache, die über letztere ein Geschäft schließen, nach Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile haften. Die Haftung mehrerer exercitores navis, die nicht solidarisch haften, pro portione exercitionis (L 4, pr. D 14, 1), bedeutet in dem Falle, als die

Digitized by Google

Die erörterten Grundsätze finden übrigens nur Anwendung, wenn die Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen in Betracht kommt. Man darf nicht übersehen, daß nach österreichischem Rechte neben der persönlichen Haftung der Gesellschafter eine Haftung des abgesonderten Gesellschaftsfonds — bei der Unternehmensgemeinschaft ist ein solcher stets vorhanden, er besteht wenigstens in dem gemeinschaftlichen Unternehmen — für die Gesellschaftsschulden besteht. Die Haftung des ungeteilten Gesellschaftsfonds für Gesellschaftsschulden erscheint in der älteren österreichischen Gesetzgebung über Handelsgesellschaften stets als selbstverständlich vorausgesetzt [21]),

---

exercitores auch Eigentümer des Schiffes sind, also eine Reederei im heutigen Sinne vorliegt, eine Haftung nach der Miteigentumsquote am Schiffe, dasselbe, wie in § 507 DHGB. die Haftung nach der Schiffspart (vgl. L 3 eod: nec quicquam facere, quotam quisque portionem in nave habet). Unklar ist schon die Bedeutung der portio exercitionis in dem Falle, daß die mehreren exercitores nicht Miteigentümer des Schiffes sind (L 1, § 15 eod: si a domino navem par aversionem conduxerit). Bedeutet die portio exercitionis das Verhältnis, in dem die mehreren Ausrüster des Schiffes dessen Eigentümer als Mieter gegenübergestanden sind, oder das Verhältnis, zu dem der einzelne an dem Gewinne oder an dem Verluste aus dem gemeinschaftlichen Schiffahrtsbetriebe beteiligt ist? Im deutschen Seerechte ist die Bestimmung über der Haftung mehrerer Reeder nach Verhältnis ihrer Schiffsquoten, auf den Fall, daß die mehreren Ausrüster des Schiffes nicht dessen Eigentümer sind, nicht ausgedehnt worden (vgl. § 510 DHGB. [früher § 477], P. 1663, Schaps a. a. O., S. 138). In L 13, § 2, D 14, 3 endlich wird die Haftung mehrerer Inhaber einer taberna pro portione mercis erwähnt, ohne daß aber ein Fall entschieden wurde, in dem dieser mehr als unklare Haftungsmaßstab wirklich zur Anwendung gebracht wurde. Die juristische Literatur hat unter der portio societatis usw., soweit sie sich überhaupt mit der Frage nach Bedeutung dieser Ausdrücke befaßte, fast immer den Anteil an Gewinn oder Verlust verstanden (vgl. Holzschuher, III., S. 927; Wangerov, III., S. 478; Gensel a. a. O., S. 193; Treitschke a. a. O., S. 143). Vgl. auch § 1378 des sächsischen BGB.: Berechtigung nach Gewinnanteilen, Verpflichtung nach Verlustanteilen.

[21]) Man beachte die Vorschriften der Fallitenordnung vom 18. August 1734 über die reale Dotierung des gesellschaftlichen Fundus, insbesondere die Bestimmungen, bis zu welchem Betrage Gewinn unter die Gesellschafter verteilt werden darf; ähnliche Vorschriften enthält auch Art. 4 der für das Littorale erlassenen Handlungs- und Fallitenordnung vom 19. Jänner 1758. Der letzte Absatz des Art. 8 der Wechselordnung vom 1. Oktober 1763, wonach die heimlichen Sozii in solidum zu haften nicht verbunden sind, bedeutet im Zusammenhange mit der dort bezogenen Bestimmung des Art. 9 der Fallitenordnung vom 18. August 1734 nichts anderes, als daß die heimlichen Gesellschafter zwar mit ihrer Einlage (dem „Quanto ihres eingelegten Fundo") haften, aber nicht persönlich belangt werden können (vgl. Randa, GZ., 1863, S. 538). Die Voraussetzung dieser Haftung ist aber der den Gläubigern gewährte Zugriff auf das ungeteilte Gesellschaftsvermögen.

Digitized by Google

ebenso in den Vorarbeiten zum ABGB.[22]) und wurde vom Gesetze selbst dadurch anerkannt, daß § 1202 zwischen Verbindlichkeiten gegen die Gesellschaft und gegen die einzelnen Mitglieder unterscheidet; zu den letzteren rechnet § 1203 auch die Verbindlichkeiten der Gesellschafter, die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nach Verhältnis ihrer Anteile zu bezahlen.[23])

Es wäre auch vom Standpunkte der zur Zeit der Kodifikation herrschenden Lehre, nach der das Gesellschaftsvermögen die Kreditbasis für die Gesellschaftsgläubiger bildet[24]), merkwürdig, das ungeteilte Gesellschaftsvermögen vom Zugriffe der Gesellschaftsgläubiger auszuschließen; die persönliche pro rata-Haftung[25]) der Gesellschafter

---

[22]) Vgl. Cod. Ther., III., Kap. 14, N. 103; noch deutlicher Entwurf Horten, III., Kap. 15, § 45: „— — und ebenso steht dem Dritten die Befugnis zu — — entweder seine ganze Forderung von der Gesellschaft zusammen oder den auf jeden ausfallenden Anteil von einem jeden insbesonders einzufordern."

[23]) Die Auslegung des Textes, daß § 1202, zweiter Satz und § 1203 den Begriff der Gesellschaftsschuld anerkennen, steht übrigens auch mit der Ansicht der Redaktoren im Einklange. Die bei Beratung über die entsprechenden Bestimmungen des westgaliz. GB. (III., §§ 301, 302) von der Fakultät Prag vorgebrachte, von Zeiller geteilte Ansicht, daß die angeführten Paragraphe während des Bestehens der Gesellschaft nicht anwendbar seien, da, so lange die Gesellschaft bestehe, eine gesellschaftliche Forderung nicht von einem einzelnen Gesellschafter geltend gemacht und eine gesellschaftliche Schuld nicht gegen einen einzelnen Gesellschafter eingeklagt werden könne (Ofner, S. 120), die allerdings durch die Feststellung des Textes des § 1203 keinen entsprechenden Ausdruck gefunden hat (vgl. Krainz-Ehrenzweig, § 379, N. 10), setzt unbedingt die Haftung des ungeteilten Gesellschaftsfonds als selbstverständlich voraus. In gleichem Sinne die älteren österreichischen Schriftsteller, insbesondere Nippel zu § 1203, auch Mages, Gesamtschuldverhältnisse, S. 67. — Mit Hilfe des Begriffes der Gesellschaftsschuld (vgl. Oertmann, S. 785) sucht die deutsche Literatur, trotz der Bestimmung des § 736 DZPO., nach der zur Vollstreckung in das Vermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes ein gegen alle Gesellschafter erwirkter Exekutionstitel erforderlich ist, und zwar ein Exekutionstitel auf Grund einer gegen alle Gesellschafter wirksamen Solidarschuld (Begründung zur Zivilprozeßnovelle, S. 107), den Satz zu begründen, daß wegen einer in Angelegenheiten der Gesellschaft entstandenen Schuld eine Exekution ins ungeteilte Gesellschaftsvermögen auch dann möglich ist, wenn die Gesellschafter — gegen die Regel des § 427 DBGB. — nicht solidarisch haften. (Vgl. Gaupp-Stein, Seuffert zu § 736 DZPO., Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 27 u. a. m.)

[24]) Das so oft an unrichtiger Stelle angewendete Zitat aus L. 15, D. 14, 4: „merci magis quam ipsi credidit" wurde auch bei Beratung über § 303 westgaliz. GB. vorgebracht (Ofner, II., S. 120).

[25]) Sie findet natürlich nicht statt, wenn die Gesellschafter schon infolge der Natur der Verbindlichkeit solidarisch haften (Bürgen, Wechselschulden).

Digitized by Google

könnte immer nur zur Exekution auf die Quote an den einzelnen Gesellschaftsaktiven, nie aber zu einer Exekution auf das ungeteilte Gesellschaftsvermögen führen.[26])

Mit dem Satze, daß das Gesellschaftsvermögen für die Gesellschaftsschulden ohne Rücksicht für die den Gesellschaftern an den einzelnen Gesellschaftsaktiven zustehenden Quoten haftet, ist nichts anderes ausgesprochen, als der Rechtssatz, daß die Gesellschafter mit ihren Anteilen an den im Gesellschaftsfonde befindlichen Aktiven für die in Angelegenheit der Gesellschaft entstandenen Verbindlichkeiten solidarisch haften.[27]) Die Solidarhaft mehrerer Personen bewirkt stets, daß deren gemeinschaftliches Vermögen, ohne Rücksicht auf die Höhe der daran bestehenden Quoten dem Zugriffe der Gläubiger offen steht, und

---

[26]) Vgl. K. Adler, S. 23. Die Bemerkung bei Krainz, daß das Gesellschaftsvermögen schon als Gesamtheit der den Gesellschaftern daran zustehenden Quoten für die Gesellschaftsschulden haftet, ist nicht zutreffend, schon deshalb nicht, weil der Anteil, zu dem jeder Gesellschafter nach § 1203 ABGB. für Gesellschaftsschulden haftet, gar nicht so groß sein muß, wie der Wert seines Anteiles an den Gesellschaftsaktiven. Übrigens besteht bei Bestimmung der dinglichen Quoten der Gesellschafter an den Gesellschaftsaktiven bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes die gleiche Schwierigkeit wie bei der offenen Handelsgesellschaft. Die §§ 1183, 1192 ABGB. geben mit ihrer Bestimmung, daß der Hauptstamm Eigentum der Gesellschafter bleibt, die dazu beigetragen haben (zu ergänzen ist: „Nach Verhältnis der Einlagen") nur einen Maßstab für die Verteilung des Liquidationserlöses und nicht für die Bestimmung der dinglichen Quoten, denn der Hauptstamm im Sinne der §§ 1183, 1192 ist kein realer Bestandteil des Gesellschaftsvermögens, sondern eine bloße Rechnungsgröße (vgl. oben N. 24). Die §§ 1183, 1192 wollten die in der Literatur (schon zur Zeit der Glossatoren) wiederholt erörterte Frage nach der Stellung des bloß Dienste leistenden Sozius lösen. Bei dieser Frage handelt es sich aber nicht um das dingliche Miteigentumsrecht, sondern um den Anteil am Liquidationserlöse und die Tragung der Gefahr. Vgl. Guyet, Abhandlungen aus dem Gebiete des Zivilrechtes, S. 211; Glück, 15., S. 397 bis 400; Schilter, Praxis juris Romani in foro Germanico, XXIX, §§ 6, 7, wo der Unterschied zwischen der zuletzt erwähnten Frage und der Frage nach dem dinglichen Miteigentume ganz richtig hervorgehoben wird. Von diesem Gesichtspunkte aus wurde die Frage auch in den Vorarbeiten zum ABGB. gelöst. Die unklare, über Zeillers Vorschlag (Ofner, II., S. 112) erfolgte Textierung des § 1183 hat ihren Grund in dem Bestreben, die erwähnte Frage gleichzeitig mit der durch das ALR. (I., 17., §§ 198 bis 202) veranlaßten Frage, wann illatio quoad usum oder quoad sortem anzunehmen ist, zu entscheiden.

[27]) Vgl. K. Adler, S. 53; Goldschmidt, Universalgeschichte, S. 283; Mayer a. a. O., S. 68; vgl. ferner Pufendorf, Observationes, IV., Obs. 24, der lehrt: „quam ob rem socius, qui communem pecuniam sub se tenet cum communi pecunia tenetur" und hinzufügt, daß, abgesehen hievon, der einzelne Gesellschafter für Gesellschaftsschulden nur pro rata, qua quisque socius est haftet.

Digitized by Google

umgekehrt liegt in dem gesetzlichen Ausspruche, daß eine nicht einer physischen Person gehörende Vermögensmasse ungeteilt zur Befriedigung gewisser Forderungen verwendet werden könne und daneben eine persönliche Haftung überhaupt nicht oder[28]) nur unter gewissen Beschränkungen (beschränkt nach Quoten[29]) oder Summen[30]) stattfindet, nicht schon die Anerkennung, daß eine juristische Person vorliegt, sondern der Ausspruch, daß die Personen, in deren Eigentum die Vermögensmasse steht, mit ihren Anteilen an deren Bestandteilen solidarisch haften.[31])

[28]) Vgl. § 550 ABGB. Vor Einantwortung der Erbschaft haftet lediglich das Nachlaßvermögen; das Gesetz drückt dies so aus, daß es sagt, die Erben haften vor der Einantwortung alle für einen und einer für alle.

[29]) Vgl. § 507 DHGB. Die Mitreeder haften, soweit ihre persönliche Haftung in Betracht kommt, nach Verhältnis der Größe der Schiffsparten, mit Schiff und Fracht, haften sie aber solidarisch.

[30]) Hieher gehört die Haftung des Kommanditisten. Er haftet nicht, wie das Gesetz sagt, bloß mit seiner Einlage; sondern er haftet auch mit seinem Anteil der im Gesellschaftsvermögen befindlichen Aktiven, auch wenn dessen Wert den Betrag der Einlage übersteigt, solidarisch; denn er kann die Exekution auf das Gesellschaftsvermögen nicht hindern.

[31]) Vgl. K. Adler (S. 71), der mit Recht bemerkt, daß die natürliche Wirkung der Solidarität oft den „falschen Schein einer höheren juristischen Einheit hervorruft". Die auch heute noch nicht ganz überwundene Auffassung der Erwerbsgesellschaft des ABGB als juristische Person wurde auch nicht auf die nach der im Texte vertretenen Ansicht bestehende Haftung des ungeteilten Gesellschaftsvermögens, sondern auf den Wortlaut des von „Gesellschaften" redenden § 26 ABGB. in Verbindung mit seiner Marginalrubrik (Moralische Person) gestützt. Das Richtige ist, daß § 26 mit dem 27. Hauptstück des II. Teiles in gar keinem Zusammenhange steht. Er verdankt seine Entstehung der Verbindung zweier ganz verschiedene Materien regelnder und auch ursprünglich äußerlich getrennter Bestimmungen: der Bestimmung über die Erbfähigkeit von Genossenschaften und Körpern (vgl. Entw. Martini, II., 10. Hauptst., § 16) und der Bestimmung über die Rechtswirksamkeit autonomer Satzungen und Statuten; hierüber bestimmte Cod. Ther., I., 1., § 44: „Desgleichen sollen kleinere Gemeinden und Orte, insoweit sie nach obiger Maßgab Satzungen zu errichten befugt sind — —" In der inhaltlich entsprechenden Bestimmung des Entw. Martini (I., 1., § 16) heißt es: „Satzungen sind gewisse Grundregeln, welche die Mitglieder einer kleineren Gesellschaft unter sich geschlossen haben — —" Der Gebrauch des Ausdruckes Gesellschaft ist auf die naturrechtliche Lehre zurückzuführen, die die Gesellschaftslehre unter dem Gesichtspunkte behandelt, daß durch das Gesellschaftsverhältnis die Sphäre der freien Willensbetätigung des einzelnen Individuums eingeschränkt wird. Vgl. Martini, de lege naturali positiones, § 673: leges sociorum eo non pertingunt ut aliquid contra officia deo debita praescribere valeant. Martini (a. a. O., §§ 665, 692) erklärt freilich jede sociates für eine moralische Person. Daß aber hieraus nicht auf eine Anerkennung der Erwerbsgesellschaft als juristische Person im Sinne der heutigen Rechtswissenschaft geschlossen werden kann, zeigt uns der Umstand, daß Martini dem Begriff der

Digitized by Google

§ 17.

3. Die Wirkungen des Miteigentumes am Unternehmen auf das Unternehmenszubehör.

Der in § 6 mitgeteilte Rechtssatz, daß ein Gegenstand deshalb, weil er Zubehör eines Unternehmens ist — von einigen positiven Ausnahmsbestimmungen abgesehen — nicht der abgesonderten Exekution entzogen ist, erleidet eine wesentliche Ausnahme, wenn das Unternehmen im Eigentume mehrerer Personen steht. Eine zur Lösung des Pertinenzverbandes führende Exekution auf die einem Miteigentümer gehörende Quote der Pertinenz würde einen unzulässigen Eingriff in die Quotenrechte der anderen Miteigentümer enthalten. Wie beim Alleineigentum eine Lösung des Pertinenzverbandes nur mit Willen des Hauptsacheeigentümers oder auf Grund einer diesen Willen ersetzenden Exekution möglich ist, so ist zur Abtrennung der Pertinenz von einer im Miteigentume mehrerer stehenden Hauptsache die Einwilligung sämtlicher Miteigentümer oder ein gegen sämtliche Miteigentümer wirksamer Exekutionstitel, kraft dessen sie eine Exekution in das gemeinschaftliche Vermögensobjekt zu dulden verpflichtet sind, notwendig und genügend.[1]) Auf das Zubehör eines gemeinschaftlichen Unternehmens kann also nur zu Gunsten von Forderungen Exekution geführt werden, für die die Miteigentümer des

societas unterstellt: die societas parentum et liberorum, die societas conjugalis (vgl. die Worte „eheliche Gesellschaft“ im Entw. Martini, I., 3., § 1, § 1218 ABGB.) und die societas herilis (Verhältnis zwischen Dienstherrn und Diener). — Bei der im Laufe der Beratungen über das westgaliz. GB. erfolgten Vereinigung der beiden erwähnten Bestimmungen zum § 26 ABGB. wurde das Wort „Gesellschaft“ beibehalten. Daß aber damit nicht die Erwerbsgesellschaften des 27. Hauptstückes des II. Teiles gemeint waren, zeigt am deutlichsten der im Laufe der Beratungen erstattete Vorschlag, jede Genossenschaft für unerlaubt zu erklären „welche sich nicht mit der öffentlichen allgemeinen oder besonderen Bestätigung der Landesregierung legitimieren kann“ (vgl. Ofner, I., S. 337). Vgl. ferner zu § 26 ABGB. Burkhard, System, II., S. 78.

[1]) Dasselbe gilt bezüglich der Pertinenzen einer körperlichen beweglichen Sache. Der Miteigentümer einer Sache kann seinen Anteil an der Sache, nicht aber seinen Anteil an einem Pertinenzstück veräußern (vgl. Seeler, Das Miteigentum nach dem BGB., S. 46); die Veräußerung kann wenigstens nicht zu einer Trennung des Pertinenzbandes führen, die einen Eingriff in die Rechte der übrigen Miteigentümer darstellen würde. Ebenso verhält es sich mit der Exekution. Auf Grund einer gegen den Miteigentümer eines Wagens vollstreckbaren Forderung kann keine Exekution auf seinen Anteil an der ein Zubehör des Wagens bildenden Laterne geführt werden, wohl aber kann die Exekution auf die ganze Laterne wegen einer gegen sämtliche Miteigentümer vollstreckbaren Forderung geführt werden.

Digitized by Google

Unternehmens solidarisch haften; es genügt, wenn sie bloß mit ihren Anteilen am gemeinschaftlichen Unternehmen solidarisch haften und gleichgültig ist der Rechtsgrund, zu deren Gunsten die Solidarhaft besteht. Fällt die Unternehmensgemeinschaft unter den Begriff der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes, so steht ein Zugriff auf das Zubehör des Unternehmens den Gläubigern aus dem Betriebe des Unternehmens den sogenannten Gesellschaftsgläubigern offen; denn diesen haften die Gesellschafter, wie in § 16 ausgeführt wurde, mit ihren Anteilen am Gesellschaftsfond, also auch mit ihren Anteilen am gemeinschaftlichen Unternehmen und dessen Zubehör solidarisch; ferner steht dieser Zugriff allen Gläubigern offen, denen die einzelnen Mitunternehmer aus irgend einem Rechtsgrunde solidarisch haften. Anderen Gläubigern der Mitunternehmer ist der Zugriff auf die Quote ihres Schuldners an den einzelnen Zubehörsstücken des Unternehmens verschlossen, auch wenn sie in der Lage sein sollten, diese Quote zu ermitteln. Die Mehrheit der Eigentümer einer Sache löst also die gleiche Wirkung des die Hauptsache mit dem Zubehör vereinigenden Bandes aus, wie ein an der Hauptsache bestehendes vom Eigentume verschiedenes dingliches Recht. Wir haben oben (§ 13) gesehen, daß das Band zwischen Unternehmen und Zubehör eine abgesonderte Exekution auf die Zubehörsstücke dann ausschließt, wenn diese Exekution einen Eingriff in das durch Einleitung der Exekution von betreibenden Gläubigern erworbene dem Pfandrechte ähnliche Befriedigungsrecht enthält. Hier sehen wir, daß die an sich zulässige Exekution auf Stücke des Unternehmenszubehörs unzulässig wird, weil sie einen Eingriff in die Rechte der zur Duldung der Exekution nicht verpflichteten Miteigentümer des Unternehmens enthält. Die dort erwähnte Ausnahme bezüglich der Grundstücke, die im Betriebe des Unternehmens verwendet werden, gilt auch hier. Der dem einzelnen Gesellschafter grundbücherlich zugeschriebene Anteil[1a]) des gesellschaftlichen Grundstückes bildet ein Befriedigungsobjekt für seine Privatgläubiger.

So gilt für die im gemeinschaftlichen Betriebe eines Unternehmens bestehende Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes im beschränkten[2])

[1a]) Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes kann als solche nicht im Grundbuche eingetragen werden. Bloß die Gesellschafter können als Miteigentümer eingetragen werden, und zwar unter Eintragung der jedem Einzelnen zustehenden Eigentumsquote (§ 10 GBG.).

[2]) Eine dem Art. 119 HGB. entsprechende auf das gesamte Gesellschaftsvermögen sich beziehende Bestimmung läßt sich aus § 1202 ABGB. nicht ableiten. Vielleicht dachte man folgende Bestimmung in der Falliteordnung vom 18. August 1734, Art. 1, P. 18 zum Ausdruck gebracht zu haben: „Soweit aber eines Handlungssozius etwa vorfindlichen Privatkreditores belangt, so steht zwar denselben frei, ihre Forderung an des Debitoris

Digitized by Google

Umfange ein ähnlicher Rechtssatz wie er in Art. 119 HGB. (§ 124, Abs. 2 DHGB.) für die offene Handelsgesellschaft und in §§ 859, 736 DZPO. und § 718 DBGB. für die Gesellschaft des deutschen bürgerlichen Rechtes ausgesprochen ist. Diese Bestimmungen gehen aber über den für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes aufgestellten Rechtssatz bedeutend hinaus[3]); sie entziehen die Anteile der Gesell-

---

Handlungsanteil gebührend zu suchen, auch im Falle die Sache nicht gütlich beigelegt wird, darauf ordentlich Exekution zu führen; es geht aber sothane Exekution nicht weiter, als auf das, was dem Sozio nach Abzug der Handlungsschulden noch zu Gute kommt." (Auch die §§ 85 und 124 des Entwurfes zu einem Kommerzkodex aus dem Jahre 1814 [vorhanden im Archive des Justizministeriums] enthalten ähnliche Bestimmungen.) Die Bemerkung der Prager Fakultät, daß während des Bestehens der Gesellschaft eine gesellschaftliche Forderung nicht von dem einzelnen Gesellschafter gefordert werden könnte, auch nicht zu seinem Anteile — wie aus dem Zusammenhang zu ergänzen ist — entspringt wohl dem Gedanken des dinglich gebundenen Miteigentumes. Die verschiedenen mehrfach erwähnten Verordnungen über die Führung der Handlungsprotokolle aus den Jahren 1853 und 1857, sowie § 90 des revidierten und § 88 des ministeriellen österr. Entw. zu einem HGB. bestimmen ziemlich gleichlautend: „Das Vermögen jeder Gesellschaft macht ein abgesondertes Ganzes aus (§ 1202 ABGB.), welches den Gläubigern der Gesellschaft vorzugsweise haftet. Persönliche Gläubiger eines einzelnen Mitgliedes können daher nur dasjenige in Anspruch nehmen, was diesen nach Abzug der Schulden der Gesellschaft von seinem Beitrage und Gewinn nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages noch gebührt." Auf die erwähnten Verordnungen dürfte sich der Hinweis auf der Nürnberger Konferenz, daß die Bestimmung des beantragten Art. 119 in Österreich bereits geltendes Recht sei (P. 1138, 4522) bezogen haben. Die Frage, ob mit den erwähnten Verordnungen eine authentische Interpretation des § 1202 ABGB. beabsichtigt war, ist angesichts des Umstandes, daß diese Verordnungen ihre Wirksamkeit verloren haben, von keiner praktischen Bedeutung. Zu erwähnen ist, daß in der älteren österreichischen Literatur auf Grund des § 1202 ABGB. ein dem Art. 119 HGB. entsprechender Rechtssatz angenommen wurde (vgl. Ellinger, Das österr. allgemeine Zivilrecht, S. 553; Stubenrauch (1858) zu § 1203; M. W., Die Lehre von den Handelsgesellschaften (1851) S. 4.

[3]) Von den im Texte angeführten Bestimmungen, die bereits in einigen dem HGB. vorangehenden Rechtsordnungen ihre Vorbilder haben, sind zu unterscheiden: 1. Jene Bestimmungen, die den selbstverständlichen Satz aussprechen, daß von dem Guthaben eines aus der fortbestehenden Gesellschaft ausscheidenden Gesellschafters nur der Betrag der Exekution oder dem Konkursbeschlage unterliegt, der nach Abzug des Anteiles des zahlungsunfähigen Gesellschafters an den Gesellschaftsschulden erübrigt. Hieher gehört § 200, Abs. 2 KO., soweit er sich auf den Fall bezieht, daß die Gesellschaft trotz Ausscheidens des falliten Gesellschafters fortbesteht. Der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters an den gemeinschaftlichen Schulden ist nicht von dem Guthaben abzuziehen, sondern es bildet nebst anderen Momenten eine Post für die Berechnung dieses Guthabens (vgl. Jäger, Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, S. 175 und die dort angeführte Literatur; Sin-

Digitized by Google

schafter am Gesellschaftsvermögen, ohne Rücksicht darauf, ob ein gemeinsam betriebenes Unternehmen (im objektiven Sinne) besteht[4]) und ohne Rücksicht darauf, ob den einzelnen Aktiven des Gesellschaftsvermögens im Verhältnis zum gesellschaftlichen Unternehmen die Zubehörseigenschaft zukommt, dem Zugriffe der Gläubiger der einzelnen Gesellschafter, und zwar gestattet § 736 DZPO. den Zugriff auf das ungeteilte Gesellschaftsvermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes zur Hereinbringung einer vollstreckbaren Forderung, für die alle Gesellschafter solidarisch haften[5]), während nach § 124, Abs. 2 DHGB.

---

tenis, Zivilrecht, II., S. 716). Nur eine Theorie, die zwischen dem Nettoguthaben (Betrag des im Zeitpunkte des Ausscheidens vorhandenen Aktivsaldo) und dem in Wirklichkeit gar nicht existierenden Bruttoguthaben unterschieden hat, war genötigt, den erwähnten selbstverständlichen Rechtssatz durch ein angebliches Privileg der Gesellschaftsgläubiger zu begründen (vgl. Reinhard, Die Ordnung der Gläubiger im Konkurse [1826], S. 250, 269; Dabelow, Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Konkurse der Gläubiger [1801], S. 353). Die richtige Auffassung findet sich schon bei J. G. Siegel, diss. de creditoribus societatis privatis socii creditoribus praeferendis (1725), vgl. dazu Brinckmann, HR., S. 181). 2. Die Bestimmungen, nach denen der dingliche Miteigentumsanteil eines Genossen zwar dem Zugriffe seiner Privatgläubiger offen ist, den anderen Genossen jedoch ein gegen jedem Sondernachfolger wirksames Recht auf Befriedigung der Ansprüche aus dem Gemeinschaftsverhältnis (wozu auch der Anspruch auf anteilsweise Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden) aus dem Anteile des schuldnerischen Genossen zusteht. Hieher gehört § 51 DKO., § 504 DHGB., §§ 755, 756 DBGB.

[4]) Art. 119 setzt dem Tatbestand einer offenen Handelsgesellschaft den gemeinschaftlichen Betrieb eines Handelsgewerbes voraus; der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages und der Bestand eines gemeinschaftlichen Vermögens, das dem Zwecke der Gesellschaft zu dienen bestimmt ist, genügt nicht. Art. 119 enthält also ebensowenig wie der im Texte für die im Betriebe eines gemeinschaftlichen Unternehmens bestehende Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes aufgestellte Rechtssatz einen Bruch mit dem Publizitätsprinzipe; einen solchen Bruch enthalten jedoch die angeführten, die Materie für das deutsche Recht regelnden Bestimmungen, nach denen die Miteigentümer einer Sache durch die bloße Verabredung, sie für einen gemeinschaftlichen Zweck zu widmen, freies Miteigentum in dinglich gebundenes umwandeln können (vgl. Nagler, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrechte, Sächsisches Arch., 10, S. 744; Albert Müller a. a. O., S. 28). Die Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuches sind wohl nicht unbeeinflußt von Gierkes Stellung (Entwurf, S. 252) gegen die romanistische Regelung des Gesellschaftswesens im ersten Entwurfe in der Verwirklichung des sogenannten Gesamthandprinzipes zu weit gegangen. Der Ausspruch eines Kommissionsmitgliedes (Prot. II, 432) „die Gesamthand erfordere eigentlich eine Ergänzung durch eine öffentliche Organisation oder eine Eintragung in ein öffentliches Register“ enthält den richtigen Gedanken, daß der gegenüber Dritten wirksamen dinglichen Gebundenheit der Miteigentumsanteile ein Dritten erkennbarer äußerer Tatbestand entsprechen sollte.

[5]) So tief eingewurzelt erscheint die Idee, daß das Gesellschaftsvermögen vorzugsweise zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger bestimmt ist —

Digitized by Google

zur Exekution auf das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft ein gegen die Gesellschaft vollstreckbarer Titel erforderlich ist.[6])

Mit K. Adler (S. 108 ff.) möchte ich behaupten, daß die Regelung, wie sie § 736 DZPO. gibt, die allein sachlich entsprechende und logisch richtige ist. Auf welchen Rechtsgrund immer man die Bestimmung zurückführen mag, daß die Anteile der einzelnen Gesellschafter an allen oder gewissen Aktiven des Gesellschaftsvermögens den Zugriffen der Gläubiger entzogen sind[7]), so soll diese Bestimmung nicht jene Gläu-

---

Planck, Komm. II, S. 452 spricht sogar von einer dinglichen Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der Gesellschaftsschulden — und daß die Bestimmungen, die die Gläubiger der einzelnen Gesellschafter von der Exekution auf deren Anteile an den Gesellschaftsaktiven ausschließen, nur den Schutz der Gesellschaftsgläubiger im Auge haben können, daß manche Schriftsteller trotz des klaren Wortlautes des § 736 DZPO., trotz der Ablehnung eines Antrages, eine Exekution auf das Gesellschaftsvermögen nur auf Grund einer Gesellschaftsschuld zuzulassen (Prot. II., S. 435, vgl. auch Begründung zur Zivilprozeßnovelle, S. 107) behaupten, es sei eine Exekution auf das Gesellschaftsvermögen wegen anderer Schulden als Gesellschaftsschulden unzulässig, eine andere Ansicht stehe mit dem Wesen der Gesellschaft im Widerspruch; so Seuffert, Komm. zur ZPO., II., S. 345; Cosack, Lehrb. des bürgerl. Rechtes, II., S. 398; Oertmann, S. 782, während Dernburg, II., S. 548 die Bestimmung des § 736 DZPO. als einen Bruch mit der logischen Konsequenz bezeichnet, sie aber mit der herrschenden Meinung de lege lata als bindend und wirksam anerkennt.

[6]) Die Begründung dieser Verschiedenheit damit, daß dem Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft mit Rücksicht auf seine Zweckbestimmung überhaupt eine größere Selbständigkeit beigelegt wird, als dem Vermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes (Begründung zur Zivilprozeßnovelle, S. 107) ist wohl eine wenig befriedigende.

[7]) In der Literatur und gelegentlich der Beratung über die einschlägigen Gesetzesbestimmungen wurden hierüber verschiedene Meinungen geäußert: *a*) Laband (Goldschmidts Z., 31., S. 9), dem einige Schriftsteller sich angeschlossen haben (vgl. die bei Jäger, Konkurs der offenen Handelsgesellschaft S. 7, N. 1 angeführte Literatur) erblickt in den Bestimmungen des Art. 119 ff. den selbstverständlichen Rechtssatz, daß die Gläubiger eines Gesellschafters im Wege der Zwangsvollstreckung sich nicht Rechte aneignen können, die der Schuldner selbst nicht hat; der einzelne Gesellschafter habe nicht das Recht, über seine Quote an den Gesellschaftsaktiven zu verfügen, folglich stehe auch seinem Gläubiger dieses Recht nicht zu. Weber (a. a. O., S. 9), K. Adler (S. 82), Jäger (S. 73) haben überzeugend dargetan, daß diese Erklärung auf einem Fehlschlusse beruht. Laband bezeichnet, wie K. Adler richtig bemerkt, als ein Fehlen eines Rechtes, was in Wirklichkeit nur eine Verpflichtung des Gesellschafters ist; an die aus dem Gesellschaftsvertrage entspringende Verpflichtung des Gesellschafters, die inferierten Aktiven dem Gesellschaftsfonds zu belassen, ist aber der Gläubiger an sich nicht gebunden. *b*) Durch Jahrhunderte hindurch war die Auffassung maßgebend, daß das Gesellschaftsvermögen die Kreditbasis des Gesellschaftsgläubigers bilde (merci magis quam ipsi credidit), daher seinem Zwecke, der Befriedigung der Gesellschafts-

Digitized by Google

gläubiger zu dienen, erhalten bleiben müsse. Auf der Nürnberger Konferenz war diese Auffassung die vorherrschende (P. 1133 ff.) und auch bei Beratung des DBGB. trat sie gelegentlich zu Tage (Prot. II., S. 429). Die Unrichtigkeit dieser Auffassung ist leicht dargetan (vgl. Laband, Goldschmidts Z. 31., S. 58, K. Adler, S. 93 und passim). Warum besteht nicht die gleiche Gebundenheit des Geschäftsvermögens des Einzelkaufmannes? (vgl. hierüber Bekker, Goldschmidts Z., 4., S. 548); die Gesellschafter haften ja geradeso wie letzterer mit ihrem gesamten Privatvermögen! Anders ist es natürlich, wenn die Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen nur subsidiär haften; einer solchen subsidiären Haftung muß die Absonderung des Gesellschaftsvermögens zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger entsprechen (vgl. Motive zum württembergischen Entw. eines HGB., II., S. 207). Warum ist es den Gesellschaftern selbst gestattet, nach Belieben den Gesellschaftsfonds zu verringern oder zu Privatzwecken zu verwenden? (In der älteren österr. Gesetzgebung war dies freilich nicht immer der Fall; vgl. § 16, N. 27.) *c*) Bei den Beratungen zum DBGB. (Prot., II., S. 427) wurde hauptsächlich der Gesichtspunkt hervorgehoben, daß es den Privatgläubigern eines Gesellschafters nicht möglich gemacht werden dürfe, durch Exekutionen die Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes zu hindern. Hiezu bedürfe es der Normierung einer dinglichen Wirkung des Gesellschaftsvertrages gegenüber Dritten. Es ist aber nicht abzusehen, warum gerade der Gesellschaftsvertrag, der durch diesen Vertrag zu erreichende Zweck, einen Anspruch auf einen solchen Schutz haben soll. *d*) K. Adler (S. 23, 28, 50, 54) bringt die Bestimmung des Art. 119 mit der Solidarhaft der Gesellschafter in Zusammenhang (auch auf der Nürnberger Konferenz wurde dieser Gesichtspunkt angeführt: P. 1138); er führt ganz richtig aus, daß der Gläubiger, dem mehrere Personen solidarisch haften, deren gemeinschaftliches Eigentum, ohne sich um die Eigentumsquoten seiner Schuldner zu kümmern, in Exekution ziehen könne, daß hiedurch ein tatsächlicher Vorzug vor dem Gläubiger geschaffen werde, der nur einzelne Miteigentümer zu Schuldnern habe und daher auf die Exekution auf die nicht immer leicht zu ermittelnden Quoten angewiesen sei. Jedoch erscheint mir seine weitere Behauptung, daß die Ausgestaltung dieses faktischen Vorzuges zu einem rechtlichen nur dem naturgemäßen und notwendigen Gang der Rechtsentwicklung entspreche, nicht vollkommen bewiesen. — Für die Annahme, daß den in Rede stehenden Bestimmungen vielleicht unbewußt der Gedanke zu Grunde liegt, daß das gesellschaftliche Unternehmen als Vermögensobjekt (nicht schon jeder beliebige gesellschaftliche Zweck) nicht durch Exekutionen gegen einen Mitunternehmer in seinem objektiven Bestande gefährdet werden soll, wird man wohl kaum einen positiven Anhaltspunkt gewinnen. Möglich, daß dieser Gedanke der Bestimmung pr. Gerichtsordnung (I., Tit. 29, § 3), daß wegen Privatschulden eines Gesellschafters nicht einmal die gemeinschaftlichen, sämtlichen Sozien gehörenden Waren mit Arrest belegt werden können, die die Praxis allerdings auf sämtliche Gesellschaftsaktiven ausdehnte (vgl. Gelpcke in seiner Zeitschr., II., S. 51), zu Grunde lag. Zu erwähnen wäre noch, daß Art. 180 des württembergischen Entw. zu einem HGB. die dem Art. 119 HGB. entsprechende Bestimmung des Art. 230 unter den ausnahmsweise auf vertragslose Gemeinschaften bezüglich einer Handlung anwendbaren für Handelsgesellschaften bestehenden Bestimmungen anführt.

Digitized by Google

biger treffen, denen alle Gesellschafter aus irgendeinem Rechtsgrunde solidarisch haften. Die Gesellschafter können einverständlich über das Gesellschaftsvermögen verfügen, auch zu Zwecken, die mit dem gesellschaftlichen Zwecke in gar keinem Zusammenhange stehen, sie können dieses Vermögen auch zur Bezahlung ihrer Privatschulden verwenden. Dem einzelnen Gesellschafter kann seine Quote an den Gesellschaftsaktiven nicht gepfändet werden, weil er über diese Quote auch freiwillig nicht verfügen kann (nicht bloß nicht verfügen darf); ein Gesetz ist nicht denkbar, das zwar eine Veräußerung dieser Quote möglich macht, sie aber dem Zugriffe der Gläubiger entzieht. Die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit aber können über Teile des Gesellschaftsvermögens gültig verfügen, sie können sie ihrem Privatgläubiger an Zahlungsstatt geben, ihm hieran Pfand oder Hypothek bestellen. Es widerspricht dem Rechtsgefühle, daß die Befriedigung eines Gläubigers, dem alle Gesellschafter solidarisch haften, von dem Willen seiner Schuldner abhängig sein soll, eine Verfügung über ihr Vermögen vorzunehmen, zu der sie berechtigt sind. Trotz alledem möchte ich gegen K. Adler annehmen, daß auch das in Österreich geltende Handelsgesetzbuch diese Konsequenz nicht gezogen hat, richtiger, daß es sie durchbrochen hat. K. Adler lehrt, daß die Art. 119 bis 122 HGB. nicht den Gegensatz zwischen Privatgläubigern der Gesellschafter und Gläubigern der Gesellschaft, sondern den Gegensatz zwischen Gläubigern einzelner Gesellschafter und Gläubigern, denen alle Gesellschafter solidarisch haften, im Auge haben.[8]) Zuzugeben ist, daß der Wortlaut der Art. 119 bis 121 diese Auslegung zuläßt, wenn auch nicht gerade unterstützt[9]); es ist jedoch zu bedenken, daß der Begriff der Privatgläubiger im Sinne der Art. 119 bis 121 jedenfalls der gleiche ist wie in Art. 122, wo die Privatgläubiger den Gläubigern der Gesellschaft, die im Konkurse aus dem Gesellschaftsvermögen abgesondert

---

[8]) Die Frage, ob die Art. 119 bis 122 auf die im Texte erwähnte Art auszulegen sind, war mehrere Male Gegenstand der Judikatur und wurde immer verneint (ROHG. 24., S. 159; RG. 16., S. 16 AdCl. 2102 OGH. Zbl. 1907: 248). Nach Adlers Schrift wurde die Möglichkeit einer Auslegung der Art. 119 bis 122 gegen die herrschende Meinung kaum mehr erörtert. Jäger (a. a. O., S. 33) führt als Beispiel, zu welchen unmöglichen Konsequenzen die Adlersche Ansicht führen müsse, an, daß der aus einer gemeinschaftlichen Schlägerei aller Gesellschafter entspringende Bußeanspruch zu einer Vollstreckung ins Gesellschaftsvermögen führen müßte. Ist es aber etwa nach § 736 DZPO. anders? Die Begründung zur Zivilprozeßnovelle (S. 107) führt sogar ausdrücklich an, daß zu den in § 736 DZPO. erwähnten Verbindlichkeiten auch solche aus unerlaubten Handlungen aller Gesellschafter gehören.

Digitized by Google

befriedigt werden und aus dem Privatvermögen der Gesellschafter nur wegen ihres Ausfalles Befriedigung suchen können, gegenübergestellt werden. Im Gesellschaftskonkurse können aber nur die Gesellschaftsgläubiger Konkursgläubiger sein.[10]) Bei der Auslegung der Worte „Gläubiger der Gesellschaft" im Sinne Adlers käme man überdies zu dem merkwürdigen Ergebnisse, daß das HGB. Gläubiger, denen alle Gesellschafter aus einem mit dem gesellschaftlichen Betriebe in gar keinem Zusammenhange stehenden Rechtsgrunde solidarisch haften, in der Geltendmachung ihrer Forderung auf das Privatvermögen ihres Schuldners irgendwie beschränkt sind.[11])

---

4. Der Unternehmensanteil.

§ 18.

a) Vererbung von Unternehmensanteilen.

Überträgt man die heute herrschende, wenn auch nicht unbestrittene, von Wächter aufgestellte Theorie über die Teilung des Rechtes[1]) vom Miteigentume an einer körperlichen Sache auf das Miteigentum am Unternehmen, so muß man in dem Miteigentume am Unternehmen ein dem Alleineigentume an diesem Gegenstande wesens-

---

[9]) Auch § 11 EO. spricht heute nicht unbedingt gegen die Adlersche Ansicht; er regelt nur die Frage, ob auf Grund eines gegen einen persönlich haftenden Gesellschafter in Angelegenheiten der Gesellschaft erwirkten Exekutionstitels in das Vermögen der Gesellschaft Exekution geführt werden kann, berührt aber nicht die Frage, ob und wann auf Grund eines gegen alle Gesellschafter erwirkten Exekutionstitels eine Exekution ins Gesellschaftsvermögen zulässig ist.

[10]) Vgl. Jäger a. a. O., S. 10. Art. 122 HGB. spricht zwar die in der österr. Konkursordnung und den meisten EinfG. zum Handelsgesetzbuch anerkannte Konkursfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft nicht ausdrücklich aus, aber er setzt sie unverkennbar voraus (vgl. übrigens Jäger a. a. O., Hahn zu Art. 122, Behrend, S. 598).

[11]) Daß diese Beschränkung für das österreichische Recht, nach dem der Konkurs über das Vermögen der Handelsgesellschaft gleichzeitig die Verhängung des Konkurses über das Vermögen der ihr noch angehörenden Gesellschafter nach sich zieht, im Ergebnis zu keiner Benachteiligung der Privatgläubiger aller Gesellschafter führen müßte, ist für die Auslegung des Art. 122 ebenso ohne Belang, wie die Frage, ob Art. 122 durch § 201 KO. eine materielle Änderung erfahren hat (so K. Adler, S. 137, dagegen Frankl, Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, S. 54).

[1]) Vgl. hierüber Joerges, Goldschmidts Z., 49., S. 157.

Digitized by Google

gleiches Recht erblicken. Das Miteigentum am Unternehmen wäre also, gerade so wie das Miteigentum an einer körperlichen Sache, fähig, Objekt der Übertragung von Todes wegen, unter Lebenden und der Zwangsvollstreckung zu sein. Diese rein logische Konsequenz ist jedoch der wirtschaftlichen Natur des Vermögensobjektes, um das es sich handelt, in vielen Fällen nicht angemessen. Bei dem von den Miteigentümern gemeinschaftlich betriebenen Unternehmen ist die Person des Miteigentümers von erheblich größerer Bedeutung für die Erhaltung des Wertes des Gegenstandes der gemeinsamen Berechtigung als die Person des Miteigentümers für die Erhaltung des Wertes der gemeinsamen Sache. Von Bedeutung sind nicht nur die persönlichen Eigenschaften der Mitunternehmer, sondern auch deren Beziehungen zueinander.[2]) Dazu kommt noch ein Gesichtspunkt, der in der Gesetzgebung mehrfach Anerkennung gefunden hat:[3]) An der Erhaltung des Unternehmens besteht ein größeres öffentliches Interesse als an der Erhaltung irgend eines anderen Vermögensobjektes. Die Rechtsordnung kann es allenfalls ruhig hinnehmen, daß ein im Miteigentume stehendes Haus langsam verfällt und sein Wert auf den bloßen Grundwert herabsinkt, weil infolge Veräußerung der Anteile die Miteigentümer sich über eine entsprechende Verwaltung nicht einigen können,[4]) sie kann aber nicht ebenso zuschauen, wenn auf die gleiche Weise

[2]) Der im Texte ausgedrückte Gedanke liegt der Bestimmung des ALR. (I., 17., § 278) zu Grunde, nach der Vererblichkeit der Gesellschaftsrechte für den Fall statuiert wird, daß Gegenstand der Gesellschaft nicht der Betrieb eines gemeinschaftlichen Gewerbes oder Geschäftes ist, für letzteren Fall aber unbeschadet entgegenstehender Vereinbarung Unvererblichkeit der Gesellschaftsrechte grundsätzlich ausgesprochen wird. Vgl. hierüber Suarez bei Bornemann, Systematische Darstellung des preußischen Zivilrechtes, IV., S. 38: „Ist der Zweck und Gegenstand einer Sozietät kein gemeinschaftlich zu betreibendes Geschäft, z. B. nur der gemeinschaftliche Besitz eines Grundstückes oder Kapitales, so alteriert der Tod des einen Sozius nichts. — — — Wenn hingegen der Zweck und der Gegenstand der Sozietät in dem Betriebe eines gemeinschaftlichen Geschäftes oder Gewerbes besteht und der Verstorbene operas zu prästieren gehabt hat, so muß man annehmen, daß die Sozietät durch den Tod eines solchen Sozius ipso jure aufhört." Suarez unterscheidet hier ziemlich deutlich zwischen Sach- und Unternehmensgemeinschaft; er entscheidet sich grundsätzlich für die Vererblichkeit der Sachanteile und die Unvererblichkeit der Unternehmensanteile.

[3]) Es genügt der Hinweis auf die bekannten Bestimmungen, nach denen eine abgesonderte Exekution auf das Zubehör gewisser Unternehmungen ausgeschlossen ist.

[4]) Das ABGB. sucht diesen Wirkungen durch Organisierung der Gemeinschaft (Majoritätsprinzip, Bestellung eines gemeinsamen Verwalters) entgegenzutreten.

Digitized by Google

ein Unternehmen, „welches die Quelle des Wohlstandes für eine ganze Gegend geworden ist, welches der Nation ein kommerzielles Übergewicht über die Nachbarstaaten gegeben hat“,[5]) vernichtet wird. Hat die Rechtsordnung das Unternehmen als Rechtsobjekt anerkannt, so muß sie die hieraus sich ergebenden logischen, aber wirtschaftlich schädlichen Konsequenzen durchbrechen. Sie hat dies in den hier in Betracht kommenden Punkten auch getan. Dadurch, daß durch ein gemeinschaftlich betriebenes Unternehmen zwischen den Miteigentümern ein Gesellschaftsverhältnis entsteht (vgl. § 15), erscheint durch die dispositiven Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes der Unternehmensanteil dem Verkehre entzogen.

Erschöpft sich nun freilich der Inhalt des Gesellschaftsverhältnisses bei der im gemeinschaftlichen Betriebe eines Unternehmens bestehenden Gesellschaft nicht in dem dinglichen Mitrechte am gemeinsamen Unternehmen und den aus dieser Rechtsgemeinschaft entspringenden Rechten und Verbindlichkeiten, kommen zu ersteren noch die Mitrechte an den nicht zum gemeinschaftlichen Unternehmen gehörenden Aktiven des Gesellschaftsvermögens, zu letzteren die Verpflichtungen auf Erhöhung der Einlage, Leistung besonderer Dienste usw., so ist das Miteigentum am gemeinsamen Unternehmen doch das wesentlichste Moment bei dem durch den gemeinschaftlichen Betrieb eines Unternehmens gebildeten Gesellschaftsverhältnisse. Wer Mitunternehmer ist, wird Gesellschafter; erwirbt jemand das Miteigentum am gemeinsamen Unternehmen, so wird er Gesellschafter, wenn auch nicht gerade notwendig mit den gleichen Rechten und Pflichten wie sein Vormann. Die Unvererblichkeit, Unveräußerlichkeit und Unpfändbarkeit der Gesellschaftsanteile bewirkt daher immer auch eine Unvererblichkeit, Unveräußerlichkeit und Unpfändbarkeit der Unternehmensanteile.

Der Grundsatz der Unvererblichkeit der Gesellschaftsrechte wird in den verschiedenen Gesetzgebungen durch die Bestimmung zum Ausdrucke gebracht, daß der Tod eines Gesellschafters die Erlöschung des Gesellschaftsverhältnisses bewirkt, und zwar entweder eine totale Erlöschung oder eine bloß partielle bezüglich des verstorbenen Gesellschafters. Die durch den Tod eines Gesellschafters bewirkte totale Erlöschung der Gesellschaft schafft für die Unternehmensgemeinschaft folgende Rechtslage: Die dingliche Rechtsgemeinschaft bleibt bezüglich ihrer Objekte, der Gesellschaftsaktiven einschließlich des Unternehmens[6])

---

[5]) So — allerdings in anderem Zusammenhange — Kohler, Iherings J., 26., S. 7.

[6]) Nicht richtig RG. 33, S. 31. Es wurde angenommen, daß nach dem Tode eines der beiden Miteigentümer einer Zeitung zwischen dessen Erben und

Digitized by Google

zwischen den überlebenden Gesellschaftern und den Erben des Verstorbenen bestehen, jedoch nicht mehr zum Zwecke des gemeinsamen Betriebes des Unternehmens, sondern zum Zwecke der Realisierung desselben, sei es durch Veräußerung der einzelnen Zubehörstücke, sei es durch Veräußerung des Unternehmens als solchen. Da eine solche Veräußerung nicht immer möglich und oft rechtlich nicht zulässig ist[7]), so bewirkt in vielen Fällen die Bestimmung, daß der Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft zur Gänze auflöst, die Vernichtung des noch einen ökonomischen Wert darstellenden gesellschaftlichen Unternehmens. Die Gesetzgebungen, die auf Grund des Gedankens, daß die Person jedes Gesellschafters ein der Art wesentliches Moment für den Bestand des zwischen den Gesellschaftern bestehenden obligatorischen persönlichen Bandes ist, daß der Tod eines Gesellschafters das Gesellschaftsverhältnis zu einem wesentlich anderen macht (vgl. Motive zum pr. Entw. eines HGB., S. 65), als Folge des Todes eines Gesellschafters die Totalauflösung aussprachen, nahmen hiebei eben nur auf das obligatorische persönliche Band, nicht aber auf das bestehende gemeinschaftliche Unternehmen Bedacht. Das ist der Standpunkt des Code civile (§ 1865), des HGB., des DHGB., des DBGB. (§ 727) und des SchwOR. (§ 545, Z. 2).[8])

Eine andere Gruppe von Gesetzen hat den oberwähnten Grundsatz nicht durchgeführt und auch eine partielle Auflösung der Gesellschaft dispositiv angeordnet. Hieher gehört das ALR. (I., 17, §§ 269 ff.) und das ABGB. Das gesellschaftliche Unternehmen bleibt also nach seiner produktiven Seite bestehen, es kann von den überlebenden Gesellschaftern fortgeführt werden, an Stelle der dinglichen Mitberechtigung der Erben des Verstorbenen am Gesellschaftsvermögen und dem gesellschaftlichen Unternehmen tritt ein obligatorischer auf Geldzahlung gerichteter Abfindungsanspruch.[9]) Der Fortbestand des Unternehmens

---

dem das Zeitungsunternehmen fortführenden überlebenden Miteigentümer bezüglich des fortgeführten Zeitungsunternehmens keine Gemeinschaft bestehe.

[7]) So kann nach Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft eine andere Art der Auseinandersetzung als die vom Gesetze vorgeschriebene Liquidation (Einzelversilberung des Vermögens) nur mit Zustimmung aller Beteiligten stattfinden. Vgl. für das DHGB. Staub, Anm. 14 zu § 145.

[8]) § 14 der Fallitenordnung vom Jahre 1758 knüpfte an den Tod eines Gesellschafters die Wirkung, daß die Gesellschaft bezüglich aller Sozien aufgelöst wird.

[9]) Für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes ergibt sich dies aus § 7 ABGB. Das Gesetz unterscheidet nur zwischen Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden eines Gesellschafters, geht also davon aus, daß im letzteren Falle keine Teilung des Gesellschaftsvermögens stattfindet (vgl. Anton Jäger, JBl. 1902, S. 522; Krainz-Ehrenzweig, § 380).

Digitized by Google

wird also durch den Tod eines Gesellschafters nicht alteriert.[10]) Nach dem HGB. tritt diese Rechtslage nicht kraft dispositiver Bestimmung des Gesetzes ein, es ist lediglich eine entsprechende Vereinbarung für zulässig erklärt (Art. 127). Die erwähnten Bestimmungen, nach denen beim Tode eines Gesellschafters das Gesellschaftsverhältnis zwischen den übrigen, sei es unmittelbar kraft Gesetzes, sei es kraft einer hierauf gerichteten Parteienvereinbarung, bestehen bleibt, dienen im Ergebnisse dem Interesse an der Erhaltung des gesellschaftlichen Unternehmens. Die Gesetzgeber sind jedoch bei Erlassung der in Rede stehenden Bestimmungen — vom DHGB. vorläufig abgesehen — nicht von dem Gedanken der Erhaltung des gesellschaftlichen Unternehmens, sondern der des Gesellschaftsverhältnisses ausgegangen. § 1207 ABGB. läßt nach dem Tode eines Gesellschafters die Gesellschaft bloß dann fortbestehen, wenn sie aus mehr als zwei Personen besteht; besteht sie nur aus zwei Personen, so erlischt sie durch den Tod der einen; es tritt gemäß § 1215 die Liquidation ein.[11]) Ebenso setzt die Wirksamkeit der in Art. 127 HGB. zugelassenen Vereinbarung, daß die Gesellschaft nach dem Tode eines Gesellschafters mit den Überlebenden fortbesteht, voraus, daß mindestens zwei Gesellschafter übrig bleiben; an dieser Ansicht, deren Richtigkeit aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes hervorgeht, hat Theorie und Praxis festgehalten. Das ALR. scheint hingegen in seinen Bestimmungen über die bloß partielle Auflösung der Gesellschaft (I., 17, § 269) keinen Unterschied zu machen, ob nach Ausscheiden eines Gesellschafters nur ein Gesellschafter oder eine Gesellschaft übrig bleibt.[12])

Ein innerer Grund für die verschiedene gesetzliche Regelung der Wirkungen des Todes eines Gesellschafters einer im Betriebe eines

---

[10]) Nicht ausgeschlossen ist, daß der Gedanke, die Erhaltung des Unternehmens zu fördern, in der Praxis zur Anerkennung der bloß partiellen Auflösung der Gesellschaft bei Ausscheiden eines Gesellschafters, wenn auch vorläufig bloß in Form der Anerkennung der Gültigkeit einer hierauf gerichteten Parteienvereinbarung, geführt hat oder hiezu mitgewirkt hat. Vgl. den bei Stryk, Us. mod. XVII., 2 nach § 32 mitgeteilten Rechtsfall, wo die Frage nach der Zulässigkeit der Fortsetzung einer Sozietätshandlung nach dem Ableben des einen der drei Inhaber eingehend erörtert wurde.

[11]) Dies wollte offenbar der erste Satz des § 1207 sagen, nicht den selbstverständlichen Satz aussprechen, daß eine Gesellschaft begrifflich mehr als eine Person voraussetzt.

[12]) In der Literatur zum ALR. findet sich keine Erörterung der Frage, ob nach Ausscheiden eines von zwei Gesellschaftern Liquidation des Gesellschaftsvermögens oder dessen Übernahme durch den übrig bleibenden Gesellschafter gegen Abfindung des Ausscheidenden oder seiner Erben stattfand; nach der von Bornemann a. a. O., 4., S. 39 mitgeteilten Ansicht, die Suarez gelegentlich der „revisio monitorum" äußerte, wäre letzteres der Fall.

Digitized by Google

gemeinschaftlichen Unternehmens bestehenden Gesellschaft für den Fall des Übrigbleibens eines Mitunternehmers oder mehrerer besteht nicht.[13]) Das wirtschaftliche Interesse an der Erhaltung des Unternehmens besteht im gleichen Maße, ob jetzt als dessen Inhaber mehrere Personen erscheinen oder bloß eine. Andrerseits besteht an der künstlichen Erhaltung des Geschäftsverhältnisses als solchen, gar kein Interesse.[14]) Der richtige Gedanke kam freilich auch bei der Kodifikation des HGB. zum Vorschein. So wurde in Art. 126 des auf Grund der Beschlüsse der ersten Lesung verfaßten Entwurfes ausgesprochen, daß die Bestimmungen über Ausscheiden und Ausschließung eines Gesellschafters auch dann zur Anwendung gelangen, wenn nur ein Gesellschafter übrig bleibt; der Antrag auf Erlassung dieser Bestimmung wurde damit begründet, daß es sich bei den Bestimmungen über die Fortsetzung der Gesellschaft nach Ausscheiden eines Gesellschafters „weniger um die Fortdauer der Gesellschaft als solcher, als vielmehr um die Fortdauer des von der Gesellschaft betriebenen Geschäftes handle“ (P. 243). Schließlich siegte aber doch der Gedanke, daß die in Rede stehenden Bestimmungen, nach denen das Ausscheiden eines Gesellschafters nicht die gänzliche Auflösung der Gesellschaft bewirkt, bloß durch die Begünstigung der Assoziation gerechtfertigt seien und führte zur Streichung der Bestimmung des Art. 126 des Entw. der ersten Lesung (P. 249, 1009—111).[15]) Das neue DHGB. konnte sich dem Gedanken, daß nicht der Bestand der Gesellschaft, sondern der Bestand des gesellschaftlichen Unternehmens zu schützen sei, nicht verschließen[16]) und läßt in § 142 eine Vereinbarung zwischen zwei

[13]) Vgl. übrigens L 47, § 6, D 26, 7: altero ex duotus fratribus sociis bonorum et negotiationis defuncto, herede filio, patruus tutor, venditis omnibus communis negotiationis mercibus et sibi redemtis negotium suo nomine exercuit: quaesitum est, utrum compendium negotii an usuras pecuniae praestare debeat? Respondi, secundum ea, quae propununtur, pupillo usuram, non compendium, praestandam. Die Erlöschung der Erwerbsgesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters wird vorausgesetzt (vgl. Petrazycki, Einkommen, II., S. 351), dabei aber auch die Zulässigkeit der Fortführung des gemeinsamen Geschäftes durch den Überlebenden gegen Abfindung der Erben des Verstorbenen.

[14]) Der Gedanke von der Notwendigkeit eines besonderen, dem Gesellschaftsverhältnisse zu gewährenden Schutzes, hat sich als Schlagwort durch Literatur und Gesetzgebung fortgepflanzt (vgl. § 17, N. 7 unter c), ohne daß man jemals Aufschluß über den Rechtsgrund dieses besonderen Schutzes erhalten hätte.

[15]) Die Aufnahme einer ähnlichen Bestimmung wurde auch von der sächsischen Regierung beantragt. (Vgl. die Zusammenstellung der Erinnerungen im 9. Bande der Lutzschen Protokolle, S. 25.)

[16]) De lege ferenda erkennt die Richtigkeit dieses Gedankens auf RG., 7., S. 21 an.

Digitized by Google

Gesellschaftern, daß der Überlebende das Geschäft gegen Abfindung der Erben des Verstorbenen fortführe, zu.[17])

Der den bekannten römischen Quellenstellen entnommene Satz von der Unvererblichkeit der Gesellschaftsrechte geht in seiner ausnahmslosen Anwendung auf die Unternehmensgemeinschaft über seinen Zweck hinaus. Die angeführten wirtschaftlichen Erwägungen, die im allgemeinen gegen die Vererblichkeit der Unternehmensanteile sprechen und es zweckmäßig erscheinen lassen, dem Erben des verstorbenen Mitunternehmers an Stelle des erlöschenden dinglichen Anteiles am Unternehmen einen Abfindungsanspruch zu gewähren, treffen im einzelnen nicht immer zu.[18]) Nicht immer kommt der Person der Mitunternehmer eine so erhebliche Bedeutung zu, insbesondere dann nicht, wenn deren Zahl eine größere und die Verwaltung korporativ organisiert ist; oft glauben die Mitunternehmer in der ihnen bekannten Person des vermutlichen Erben eines ihrer Genossen eine Gewähr dafür zu finden, daß auch in Gemeinschaft mit ihm ein gedeihlicher Betrieb des Unternehmens möglich sein wird. In diesen Fällen, deren Beurteilung allerdings dem Gutdünken der Mitunternehmer überlassen bleiben muß, ist kein Grund vorhanden, dem Erben den wirtschaftlichen Wert zu entziehen, der in dem Anteile des Erblassers am Unternehmen besteht und für den der Abfindungsanspruch nicht immer ein vollständiges Äquivalent bildet.[19]) In diesen Fällen scheint eine Rückkehr zur juristischen Konsequenz, daß der Unternehmensanteil gleich dem Unternehmen selbst vererblich sein soll, geboten. Dies dürfte auch der tiefere, nicht zum Ausdrucke gebrachte Gedanke einer weit zurückreichenden gewohnheitsrechtlichen, teilweise von der Theorie[20]) und

---

[17]) Vgl. Denkschrift, S. 137, Staub, Anm. 6 zu § 138. Das DBGB. steht auf dem Standpunkte des alten HGB. (Oertmann zu § 736.)

[18]) Bei manchen Unternehmungen überwiegt das sachliche Moment der Art über das persönliche, daß bereits das Gesetz die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit der Unternehmensanteile ausspricht (vgl. § 135 BergG.).

[19]) Daß mit der Unvererblichkeit der Gesellschaftsrechte stillschweigend auch die Unvererblichkeit eines nach allgemeinen Grundsätzen vererblichen Vermögensrechtes ausgesprochen war, ist der Theorie, die bis in die neueste Zeit das gesellschaftliche Unternehmen als Vermögensobjekt ganz ignoriert hat, nicht zu Bewußtsein gekommen. So stellt z. B. Treitschke a. a. O., S. 196 der Unvererblichkeit der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten nur die Vererblichkeit der (dinglichen) Anteile am gesellschaftlichen Grundstamme gegenüber.

[20]) Vgl. die eingehenden Mitteilungen aus der Literatur bei Griesinger, Kommentar über das Württembergische Landrecht (1793), II., S. 391, N. 1 und Glück, 14., S. 462, insbes. Wernherr, Observationes Tom., I., S. 1, Observ. 167: Pactum ut heredes socii in societatem ad certum tempus initam succedant hodie inter mercatores validum est; vgl. ferner Lauterbach, de

Digitized by Google

Partikulargesetzgebung[21]) anerkannten Bildung[22]) sein, nach der von dem römischen Grundsatze der Unvererblichkeit der Gesellschaftsrechte für Handelsgesellschaften, bei denen ein Unternehmen in der Regel besteht und bei denen dessen Bestand am deutlichsten hervortritt, eine Ausnahme zugelassen wurde. Der rein äußerliche Gegensatz zwischen Gesellschaft unter Handelsleuten und anderen Personen scheint nur der äußere Ausdruck des wirtschaftlich und rechtlich erheblichen, aber nur unklar empfundenen Gegensatzes zwischen gemeinschaftlichen Betrieb eines Unternehmens und Vereinigung zu irgend einem anderen Zwecke zu sein.[23]) Die neuere Gesetzgebung hat zu diesen Problemen eine verschiedene Stellung eingenommen. Über das ALR. vgl. oben N. 2. Das HGB. und das DHGB. anerkennt bloß die Zulässigkeit einer Vereinbarung, daß die Gesellschaftsrechte auf die Erben übergehen (Art. 123, Z. 2, § 139), ebenso das DBGB. für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes (§ 737) und das SchwOR. für alle Gesellschaften (§§ 545, Z. 2, 572). Das ABGB. dagegen spricht die Vererblichkeit der Gesellschaftsrechte bei einer Gesellschaft zwischen Handelsleuten aus und gestattet bei anderen Gesellschaften eine Vereinbarung auf Eintritt des Erben eines verstorbenen Gesellschafters (§§ 1207, 1208). Findet auf Grund einer

jure in curia mercetorum usitato § 86; Pardessus, Cours de droit commercial, IV., § 973 und die deutsche handelsrechtliche Literatur vor dem HGB. (Scherer, Handb. des Wechselrechtes [1800], II., 703: Brinckmann, S. 183 u. a. m.)

[21]) Vgl. die bei Viecenz, Goldschmidts Z., 36., S. 114 ff. mitgeteilten Rechtsquellen.

[22]) Die ausführlichen Gründe des RG., 16., S. 40 und Viecenz a. a. O., S. 111 nehmen sogar einen direkten Zusammenhang mit der erwähnten gewohnheitsrechtlichen Bildung und dem Rechtszustande an, wie er im Mittelalter in den italischen und germanischen Stadtrechten bestand, nach dem das Handelsgeschäft als ein unzersplitterbares Familiengut zu erhalten war. Vgl. hiezu noch Weber a. a. O., S. 72 ff.; F. G. A. Schmidt in Gierkes Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, 15. Heft, S. 76—79.

[23]) Orth, in seinen Anmerkungen zur Frankfurter Reformation (II. T., Art. 23, § 7), erachtet als Ursache einer Ausnahme von der grundsätzlichen Unvererblichkeit der Gesellschaftsrechte die Billigkeitserwägung, „daß die Kinder von einer ansehnlichen und in Flor stehenden Handelskompagnie, welcher Aufnahme deren verstorbenen Vater man meistens zu danken hat, nicht ohne Ursache ausgeschlossen werden“ und gebraucht bei Erörterung des Gegenstandes wiederholt den Ausdruck „gesellschaftliche Handlung“. Läßt man die Rücksicht auf das zu erhaltende gesellschaftliche Unternehmen außer Acht, so findet man in der Tat keinen Grund, warum eine Ausnahme von dem Grundsatze der Unvererblichkeit der Gesellschaftsrechte gerade bei Handelsgesellschaften bestehen soll. So bemerkt Heise (Handelsrecht, S. 62), daß eine solche Ausnahme auch bei Handelsgesellschaften nicht anzuerkennen sei; es sprechen bei diesen für die Unvererblichkeit noch mehr Gründe als bei anderen Gesellschaften.

Digitized by Google

Vereinbarung oder unmittelbar kraft Gesetzes eine Vererbung der Gesellschaftsrechte statt, so fällt dem Erben ein dinglicher Anteil an dem Vermögen, einschließlich des Unternehmens einer bestehenden, nicht wie es nach den Dispositivbestimmungen des HGB. und nach dem ABGB. bei Übrigbleiben bloß eines Gesellschafters der Fall ist, an einer in Auflösung begriffenen Gesellschaft zu. Die Erben können Mitunternehmer und Gesellschafter werden, sie haben, nicht wie auf Grund einer Vereinbarung im Sinne des Art. 127 HGB. und auf Grund der für eine aus mehr als zwei Personen bestehenden Gesellschaft geltenden Bestimmungen des ABGB., ein Recht auf Auszahlung des Aktivsaldos des Erblassers und keine Pflicht, dessen Passivsaldo einzuzahlen. Die herrschende Ansicht[24]) nimmt an, daß im Falle einer Vereinbarung im Sinne des Art. 123, Z. 2 HGB. der Erbe mit dem Erbschaftserwerbe zugleich Gesellschafter werde, daß er dadurch gleichzeitig trotz bedingter Erbserklärung für die bis zum Tode des Erblassers entstandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten gemäß Art. 113 HGB. sowie für die nachher entstehenden Verbindlichkeiten gemäß Art. 112 HGB. solidarisch und unbeschränkt hafte.

Der herrschenden Ansicht ist nicht beizupflichten. Viecenz (a. a. O., S. 119) erblickt ganz richtig das Wesen der Bestimmung des Art. 123, Z. 2 in der Aufhebung des gemeinrechtlichen Grundsatzes, daß eine auf Eintritt der Erben eines Gesellschafters in die Gesellschaft gerichtete Vereinbarung der Gültigkeit entbehrt (vgl. Motive zu Art. 118 des pr. Entw. zum HGB.), glaubt aber aus den allgemeinen Grundsätzen, nach denen sich alles Weitere richte, den ipso jure mit dem Erbschaftserwerbe erfolgenden Eintritt der Erben in die Gesellschaft ableiten zu können, „da nicht abzusehen sei, warum die handelsgesellschaftlichen Rechte und Pflichten eines Verstorbenen nicht ganz in derselben Weise vererben sollen, wie andere Vermögensrechte und Pflichten . . .“ „Der Erbe eines Gesellschafters,“ fährt Viecenz S. 131 fort, „wird also zur Fortsetzung der Gesellschaft in derselben Weise verpflichtet, wie zur Bezahlung eines Darlehens usw.“ Dem ist zu entgegnen, daß sich die aus der Teilnahme an einer offenen Handelsgesellschaft entspringenden Rechte und Pflichten deshalb nicht so wie andere Pflichten vererben, weil sie an einen bestimmten tatsächlichen Zustand gebunden sind. Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft ist derjenige, der ein Handelsgewerbe zusammen mit anderen Personen unter gemeinsamer Firma betreibt. Mit diesem tatsächlichen Zustand beginnt die Haftung des Gesellschafters, mit

[24]) Begründet vom RG. in dem angeführten Erkenntnisse und Viecenz a. a. O.; vgl. auch AdCl. 2044 a. M. Lastig, in Endemanns Handb., I., S. 413.

Digitized by Google

dem Aufhören dieses Zustandes hört sie grundsätzlich auf.[25]) Mit dem Tode des Gesellschafters erlischt dieser faktische Zustand. Den begrifflich unmöglichen Übergang tatsächlicher Zustände auf die Erben kann kein Gesetz anordnen, es kann höchstens anordnen, daß die rechtlichen Wirkungen, die an einen bestimmten tatsächlichen Zustand geknüpft sind, für und gegen den Erben, auch dann eintreten, wenn in seiner Person der betreffende tatsächliche Zustand noch nicht eingetreten ist. Ein solcher Rechtssatz müßte aber ausdrücklich im Gesetze ausgesprochen sein.[26]) Die Erben eines Gesellschafters, mit denen eine Vereinbarung im Sinne des § 123, Z. 2 HGB. getroffen wurde, müssen also, damit gegen sie eine über die erbrechtliche Haftung hinausgehende Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten vor dem Tode des Erblassers und eine Haftung für die späteren Gesellschaftsverbindlichkeiten geltend gemacht werden kann, der Gesellschaft beigetreten sein; es müssen die Voraussetzungen des Art. 113, der die Haftung des neu eintretenden Gesellschafters regelt, erfüllt sein. Die bloße Beitrittserklärung genügt hiezu nicht, der beitretende Gesellschafter muß sich als ein das Handelsgewerbe betreibender dem Verkehr gegenüber durch Beteiligung am Gewerbebetriebe, durch Eintragung ins Handelsregister durch Gestattung der vollzogenen Aufnahme seines Namens in die Gesellschaftsfirma betätigt haben. Die bloße Erklärung, einer bestehenden Gesellschaft beizutreten, ist ebenso wie der Abschluß eines Vertrages zur Errichtung einer Gesellschaft ein bloß interner Akt, der weder gegen dritte Rechte, noch zu Gunsten Dritter Pflichten erzeugt.[27]) Die begrifflichen Merkmale eines Gesellschafters einer offenen Gesellschaft bestehen darin, daß jemand ein Handelsgewerbe zusammen mit anderen Personen unter einer gemeinsamen Firma betreibt (Art. 85, 6, Abs. 3 HGB.), sie sind die gleichen, ob

---

[25]) Tritt eine Haftung bereits vor diesem Zeitpunkte ein oder dauert sie nach diesem Zeitpunkte noch fort (z. B. im Falle der unterlassenen Eintragung ins Handelsregister), so beruht dies auf dem Gedanken, daß der äußere Tatbestand des die Haftung erzeugenden Zustandes schon oder noch besteht.

[26]) Man kann die nur aus der Teilnahme an einer offenen Handelsgesellschaft entspringenden Rechte und Pflichten in die von Krainz (§ 49) aufgestellte Kategorie der gebundenen Rechte und Pflichten einreihen. Sie sind an den Zustand des Gewerbebetriebes unter einer gemeinsamen Firma gebunden. Der Übergang dieser Rechte und Pflichten wird nur durch Eintritt in diesen Zustand bewirkt.

[27]) Daß die Haftung desjenigen, der in das Geschäft eines Einzelkaufmannes eintritt, nicht durch den bloßen Abschluß des betreffenden Gesellschaftsvertrages entsteht, spricht RG. 51, S. 39 aus.

Digitized by Google

es sich um eine erst zu gründende oder um eine schon bestehende Gesellschaft handelt.[28])

Verschieden von der Frage, ob der Erbe eines Gesellschafters, mit dem eine auf Eintritt der Erben in die Gesellschaft gerichtete Vereinbarung getroffen wurde, ipso jure mit dem Erbschaftserwerbe Gesellschafter wird, ist die Frage, ob der Erbe zum Beitritt verpflichtet ist und welche Sanktion für die Erfüllung dieser Pflicht besteht. Dies ist mangels einer Bestimmung des HGB. nach dem ABGB. zu entscheiden. Hat der Erblasser, der die erwähnte Vereinbarung mit seinen Mitgesellschaftern geschlossen hat, den Erben den Eintritt in die Gesellschaft in einer letztwilligen Erklärung aufgetragen, so findet § 709 ABGB. Anwendung. Der unterlassene Beitritt wirkt wie der Eintritt einer auflösenden Bedingung; der Erbe verwirkt den Nachlaß, kann aber zum Beitritte nicht gezwungen werden.[29]) Fehlt es an einer solchen letztwilligen Verfügung, so tritt unter der Voraussetzung, daß die in Rede stehende Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern nicht als eine deren Erben bloß berechtigende gedacht ist, folgende Rechtslage ein: Der Erbe erwirbt nicht den Anspruch auf Auszahlung des dem Erblasser am Todestage gebührenden Aktivsaldo, denn dieser Anspruch ist nicht entstanden. Der Erbe erwirbt den dinglichen Anteil des Erblassers an den Gesellschaftsaktiven einschließlich des Anteiles am gesellschaftlichen Unternehmen, unter der Bedingung, daß er das gesellschaftliche Gewerbe mitbetreibt.[30]) § 1208 ABGB.

---

[28]) Dies gegen ROHG., 7, S. 355; Behrend, § 73, Anm. 21; Makower, I., 253, wo die Behauptung aufgestellt wird, daß zur Herbeiführung der Wirkungen des Art. 113 die bloße Beitrittserklärung genügt, wenn die Gesellschaft im Sinne des Art. 110 bereits zur Existenz gelangt ist. Woher aber diese Wirkungen einer Vereinbarung zu Gunsten Dritter, noch dazu ganz unbestimmter Dritter? Ebensowenig genügt die Tatsache, daß nach Beitritt des neuen Gesellschafters der Geschäftsbetrieb fortgesetzt wird (so Staub, Anm. 4 zu § 130 und anscheinend Hahn, § 3 zu Art. 113). Der Abschluß von Geschäften nach Beitritt eines Gesellschafters hat für Dritte nur dann bezüglich des Beitretenden eine Wirkung, wenn nach außen hervortritt, daß das gesellschaftliche Gewerbe nunmehr auch in seinem Namen betrieben wird. Der Gesellschafter haftet ja nicht, weil er einen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen hat, sondern weil er ein Handelsgewerbe betreibt.

[29]) Vgl. Cod. Ther., III. Kap., 14, P 123: „Da aber der Erblasser in seinem letzten Willen die Erben dahin verbunden hatte, bei Verlust der Erbschaft die Gesellschaft fortzuführen, sind sie zwar den Willen des Erblassers zu erfüllen und in die Gesellschaft einzutreten schuldig, wenn sie der Erbschaft nicht verlustig sein wollen . . ."

[30]) Es handelt sich nicht etwa um eine dem Erben auferlegte Bedingung, der der Noterbe bezüglich seines Pflichtteiles sich nicht zu fügen braucht (§ 774 ABGB.); es liegt eine durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, durch den auf Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben ge-

Digitized by Google

sagt mit seiner Bestimmung, daß die Erben eines Gesellschafters, mit denen ein auf die Erben lautender Gesellschaftsvertrag geschlossen wurde, verpflichtet sind, sich dem Willen des Erblassers zu fügen, nichts anderes, als daß für die Aufhebung des gemeinsamen Eigentumes am Hauptstamme auch gegenüber den Erben nicht § 830 ABGB., sondern § 1212 maßgebend ist; dies geht aus dem Allegate des § 832 hervor. Ob und wann der Erbe Miteigentümer des Gesellschaftsvermögens wird, ist nicht gesagt. Die Frage ist, wenn das Gesellschaftsvermögen in einem gemeinschaftlich betriebenen Unternehmen investiert ist, nach den oben dargelegten Grundsätzen zu entscheiden. Der Schwerpunkt des § 1208 liegt nicht in der Normierung der Folgen einer auf Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben gerichteten Vereinbarung, sondern in der grundsätzlichen Anerkennung der Gültigkeit einer solchen Vereinbarung. An den Fall, daß zur Begründung des Gesellschaftsverhältnisses der Erwerb des Miteigentumes am gemeinschaftlichen Hauptstamme nicht genügt, ist in § 1208 nicht gedacht. Die Frage, wie es zu halten ist, wenn zur Begründung des Gesellschaftsverhältnisses außer dem Erwerbe des Anteiles an dem gemeinschaftlichen Hauptstamme noch ein tatsächliches Verhalten nötig ist, wie es bei der in einer Unternehmensgemeinschaft bestehenden Gesellschaft der Fall ist, sollte offenbar absichtlich unerledigt bleiben.[31])

---

richteten Vertrag, geschaffene Bedingung, von der die Existenz des Nachlaßobjektes, nicht bloß dessen Delation abhängig ist, vor. Vgl. ALR., I., 17: Der Noterbe muß sich bezüglich des Pflichtteiles der Anordnung des Erblassers in die Gesellschaft bei Zustimmung der übrigen Gesellschafter einzutreten, nicht fügen (§ 284); § 285 hingegen bestimmt: „Hingegen muß auch der bloße Erbe im Pflichtteile die aus einem Vertrage entspringende Verbindlichkeit zur Fortsetzung der Gesellschaft gegen die übrigen Mitglieder anerkennen." A. M. Menoušek, der in der Abhandlung „Einige Bemerkungen über die letzte Willenserklärung" (GH. 1906, S. 531), die im Texte behandelte Frage streift.

[31]) Mit Recht bemerkt A. Pollak, Jur. Vierteljahresschr., 6, S. 120, daß aus dem Eingange des § 1208: „Lautet der von Personen, die keine Handelsleute sind, errichtete Gesellschaftsvertrag auch auf die Erben..." nicht arg. a contr. geschlossen werden kann, daß bei einer Handelsgesellschaft die Vereinbarung auf Eintritt der Erben für letztere unverbindlich sei. Es läßt sich aber aus dem Gesetze auch das Gegenteil nicht nachweisen. Man wollte eben diese Frage nicht im bürgerlichen Gesetzbuche entscheiden. Über das ausdrückliche Verlangen der Prager Fakultät, im Gesetzbuche klar auszudrücken, „ob die Erben der Handelsleute gezwungen werden können, in der Gesellschaft zu bleiben," ging man mit Stillschweigen hinweg (Ofner, II., S. 121). Offenbar sollte die Entscheidung dieser wie so mancher anderer Frage des Gesellschaftsrechtes (vgl. Ofner, II., S. 426) dem Handelsrechte, dessen Kodifikation bereits geplant war, vorbehalten bleiben. Wollte man übrigens aus §§ 1207, 1208 eine positive Bestimmung über die Vererbung

Digitized by Google

Die Ansicht, daß die auf Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben gerichtete Vereinbarung nicht bewirkt, daß der Erbe mit dem Erbschaftserwerbe ipso jure Gesellschafter wird, und daß den den Eintritt verweigernden Erben — mangels einer entgegenstehenden Anordnung des Erblassers — kein größerer Nachteil trifft, als der Verlust des erblasserischen Anteiles an Gesellschaftsvermögen, entspricht allein den praktischen Bedürfnissen. Der Erbe, der eine Erbschaft angetreten hat, hat vielleicht keine Ahnung davon, daß der Erblasser an irgend einem Unternehmen als persönlich haftender Gesellschafter beteiligt war und erfährt auf einmal davon, daß er für Gesellschaftsschulden, die die anderen Gesellschafter vielleicht erst nach dem Tode des Erblassers kontrahiert haben, unbeschränkt haften muß. Bezüglich der nach den Dispositivbestimmungen des DHGB. und GmbHG. vererblichen Mitgliedschaftsrechte eine Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. nimmt die Theorie und Praxis ziemlich übereinstimmend an, daß den Erben für Verbindlichkeiten, die das Mitglied als solches treffen (rückständige Einzahlungen), eine über die erbrechtliche Haftung hinausgehende Haftung erst dann trifft, wenn er sich der Korporation gegenüber als Mitglied betätigt.[32]) Staub-Hachenburg (a. a. O., S. 192) führen zutreffend aus: „Der Erbe, der den Nachlaß nicht kennt, schlägt ihn nicht aus, weil er sich sagt, daß er schlimmsten Falles nur beschränkt haftet und nicht mehr hinzugeben braucht, als der Nachlaß ihm bietet. Stellt sich nun heraus, daß zu dem Nachlaß ein Geschäftsanteil einer Gesellschaft m. b. H. gehört, auf welchen Einzahlungsverpflichtungen . . . ruhen, so muß er, wenn man der entgegengesetzten Meinung folgt, alle diese Verpflichtungen aus seinem eigenen Vermögen erfüllen, auch wenn alles, was ihm der Nachlaß bietet, nur 1000 Mark wert ist und jene Verpflichtungen eine Schuldenlast von einer Million darstellen . . . Das müßte ja dazu führen, allen Erben zu raten, alle Erbschaften auszuschlagen, damit sie nicht unvermutet Anteile einer G. m. b. H. im Nachlasse finden, an welche sich vermögensrechtliche Leistungen von erschreckender Tragweite knüpfen.“ Das alles läßt sich noch mit viel größerem Rechte gegen die Ansicht anführen, daß der Erbe mit dem Erbschafts-

---

von Gesellschaftsrechten bei einer Handelsgesellschaft wirklich entnehmen, so müßte diese Bestimmung wie alle von Handelsgesellschaften handelnden Bestimmungen des ABGB. als aufgehoben angesehen werden (Saxl a. a. O.).

[32]) Vgl. Staub, Anm. 9 zu § 225; Staub-Hachenburg, Komm. zum GmbHG., Anm. 86 zu § 15, Anm. 22 zu § 18. Diese Ansicht wurde auch bei Beratung des § 225 DHGB. in der Reichstagskommission geteilt (vgl. Kommissionsbericht, S. 71).

Digitized by Google

erwerbe sofort Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft werden kann.[33])

Was soll es weiter für einen Zweck haben, dem Erben, dem die Teilnahme des Erblassers an einer offenen Handelsgesellschaft bekannt ist, der aber lieber auf die aus dieser Teilnahme ihm möglicherweise erwachsenden wirtschaftlichen Vorteile verzichtet, ehe er sich der Gefahr einer unbeschränkten Haftung für die Verbindlichkeiten aus dem Betriebe des nach seiner Ansicht nicht lebensfähigen Unternehmens aussetzt, vor die Wahl zu stellen, diese Haftung auf sich zu nehmen oder auf den ganzen Nachlaß zu verzichten. Dem Interesse der Gesellschafter ist vollkommen genügt, wenn man dem Erben, der nicht beitritt, jeden Anspruch auf eine Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen versagt. Auf die Interessen der Gesellschaftsgläubiger an dem Beitritte eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters ist aber keine Rücksicht zu nehmen; für sie ist eine Vereinbarung nach Art. 123, Z. 2 ein bloßes Internum, aus dem sie keine Rechte ableiten können. — Die Verfasser des neuen DHGB. haben unter dem Einflusse der hier bekämpften, von ihnen für richtig erachteten herrschenden Meinung dem an Stelle des Art. 123, Z. 2 tretenden § 139 DHGB. eine Fassung gegeben, durch die die herrschende Ansicht eine gesetzliche Bestätigung gefunden hat; die Worte „So kann jeder Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen — —“ enthalten tatsächlich einen bindenden Ausspruch, daß der Erbe mit dem Erbschaftserwerbe gleichzeitig Gesellschafter wird.[34]) Diesem Ausspruche sind durch die weitere Bestimmung, daß der Erbe innerhalb einer dreimonatlichen, vom Zeitpunkte der Kenntnis des Erbanfalles an laufenden Frist statt der Stellung eines persönlich haftenden Ge-

[33]) Auch wenn das Statut einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft ausspricht, daß die Mitgliedschaft durch den Tod nicht ersischt (§ 54, Abs. 2 GenG.), wird der Erbe eines Genossenschafters durch den Erbschaftserwerb nicht ipso jure Mitglied der Genossenschaft, mit der Wirkung, daß ihm ohne die erbrechtlichen Beschränkungen die im Genossenschaftsgesetze normierte Haftung trifft. (Vgl. Stroß, das österr. Genossenschaftsrecht S. 188.) Ebenso bezüglich des früheren GenG. des norddeutschen Bundes, das betreffs der Vererbung der Mitgliedschaftsrechte eine dem § 54, Abs. 2 entsprechende Bestimmung enthielt: Sicherer, Die deutsche Genossenschaftsgesetzgebung, S. 281, Gierke, Genossenschaftstheorie S. 286 u. a. m.

[34]) Die positive Bestimmung des Gesetzes knüpft hier an den Erbschaftserwerb eine Folge, die ohne diese Bestimmung nicht eintreten würde. Vgl. Binder, I., S. 39: „Nicht im Erbschaftserwerbe enthalten, aber mit ihm verbunden ist der Eintritt des Erben in eine Reihe von rechtlichen Beziehungen — — hieher gehört der Eintritt des Erben in die Stellung des Gesellschafters — —“ Der Gesetzgeber hätte vielleicht der herrschenden Ansicht keine gesetzliche Anerkennung verliehen, wenn es ihm zum Bewußt-

Digitized by Google

sellschafters die eines Kommanditisten wählen kann, nicht alle mißlichen Konsequenzen des ipso jure Eintrittes in die Gesellschaft genommen, da die erwähnte Frist verstreichen kann, ohne daß der Erbe von der Teilnahme des Erblassers an der Gesellschaft Kenntnis erhält.

Als Wert des Nachlaßobjektes, das dem Erben eines Gesellschafters auf Grund einer auf Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben gerichteten Vereinbarung zufällt, wird in der Praxis in der Regel die Ziffer des Saldos, das sich zu Gunsten des Erblassers an seinem Todestage ergeben hat, angenommen.[35]) Hiebei wird der Wert des gesellschaftlichen Unternehmens als solchen, der in der für die Saldofeststellung maßgebenden Bilanz nicht zum Vorschein kommt, außer Betracht gelassen. Man kommt also dazu, daß der dem Erben anzurechnende Wert des Nachlasses nicht erhöht wird durch den Eintritt in ein reichen Gewinn abwerfendes Geschäft, wenn der Saldo des Erblassers an seinem Todestage infolge größerer Entnahmen oder eines unvermuteten größeren Verlustes gleich Null oder passiv war. Das in § 106, Abs. 2 AusstreitG. ausgesprochene Prinzip, daß die Höhe des Saldos am Todestage des Erblassers der Bewertung des Nachlasses zu Grunde zu legen ist, ist allerdings richtig; denn der Saldo zeigt an, um welchen Betrag in einem gegebenen Momente das Vermögen (Vermögen ist hier im Sinne einer Rechnungsgröße verstanden) vermehrt oder vermindert ist.[36]) Nur darf der Saldo nicht auf Grund der nach den üblichen kaufmännischen Grundsätzen ermittelten Bilanz aufgestellt werden; es muß ihm eine den Wert des gesamten Gesellschaftsvermögens, also auch den Wert des Unternehmens ausweisende Bilanz zu Grunde gelegt werden. Dem Saldo ist von dem Betrage, den die Differenz zwischen der den Wert des Unternehmens berücksichtigenden Bilanz und der letzten, nach all-

---

sein gekommen wäre, daß der Rechtsgrund der Haftung des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft der gleiche ist wie der Rechtsgrund der Haftung des Einzelkaufmannes. Beide haften, weil sie ein Handelsgewerbe betreiben. Die über die erbrechtliche Haftung hinausgehende Haftung des Erben eines Geschäftes eines Einzelkaufmannes (§ 27 DHGB.) tritt aber logisch ganz richtig nicht schon dann ein, wenn jemand einen ein Handelsgeschäft enthaltenden Nachlaß erbt, sondern erst dann, wenn der Erbe dieses Geschäft fortführt (Binder, I., S. 37).

[35]) Vgl. GlU. 15.870.

[36]) Vgl. K. Adler, S. 92. Der Erbe hat zwar den Betrag, den der Aktivsaldo aufweist, nicht von der Gesellschaft zu fordern und den Betrag des Passivsaldos nicht der Gesellschaft zu zahlen. Man kann aber deshalb doch nicht mit Staub[5] (§ 5 zu Art. 106) die Ziffern des Saldos als fiktive Ziffern bezeichnen; denn diese Ziffern entsprechen realen Tatsachen und Vorgängen (der Höhe der Einlage, dem Betrage des unbehobenen Gewinnes, den erfolgten Entnahmen aus der Gesellschaftskasse usw.).

Digitized by Google

gemeinen kaufmännischen Grundsätzen aufgestellten Bilanz ergibt, jener Teilbetrag zuzuschreiben, der dem Verhältnisse entspricht, zu dem der als Gesellschafter eintretende Erbe am gesellschaftlichen Gewinn teilnimmt.[37]) Da der Anteil des verstorbenen Gesellschafters an den Gesellschaftsschulden bereits bei Feststellung des Saldos Berücksichtigung erfahren hat, so sind bei Ermittlung des dem als Gesellschafter eintretenden Erben zufallenden reinen Nachlasses die Gesellschaftsschulden, für die der Erbe auch als solcher haftet, nicht noch einmal in Abzug zu bringen.[38]) Ebenso bleiben bei Feststellung des Wertes des reinen Nachlasses jene aus dem Gesellschaftsverhältnisse entspringenden wirklichen Forderungen und Schulden außer Betracht, die bereits bei der Feststellung des Saldos berücksichtigt wurden.[39])

Besteht der vererbte Anteil an einem Unternehmen, bei dessen gemeinschaftlichem Betriebe nicht wie bei der offenen Handelsgesellschaft eine jährliche Saldofeststellung stattfindet, so sind neben dem ein selbständiges Nachlaßaktivum bildenden Werte des Anteiles am gemeinschaftlichen Unternehmen[40]) die aus dem Gemeinschaftsverhältnisse entspringenden gegenseitigen obligatorischen Ansprüche, einschließlich des auf den Erblasser entfallenden Anteiles an den aus dem Betriebe des Unternehmens entstandenen Schulden als Nachlaßaktiven und Nachlaßpassiven anzuführen.

Mit der bisher erörterten Frage, um welchen Betrag das Vermögen eines Mitunternehmers durch seine Teilnahme am Unternehmen in einem gegebenen Zeitpunkte vermehrt ist, hat die Frage nach den dinglichen oder quasidinglichen Anteilen an den einzelnen, im gemeinsamen Unternehmen investierten Aktiven nichts zu tun. Jedoch ist auch diese Frage nicht ohne praktische Bedeutung. Die Bedeutung

---

[37]) Es muß nicht notwendigerweise das gleiche Verhältnis sein, zu dem der Erblasser am gesellschaftlichen Gewinn teilgenommen hat. Die Bestimmung des § 1209 ABGB., nach der sich der Erbe, der die Dienste des Verstorbenen nicht zu erfüllen imstande ist, einen verhältnismäßigen Abzug gefallen lassen muß, ist mangels einer entgegenstehenden Vereinbarung auch auf die offene Handelsgesellschaft anwendbar.

[38]) Um den Betrag, mit dem der Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage beizutragen hat, erscheint ja bereits die Ziffer des Saldos vermindert. Die gegenüber den Gläubigern bestehende Solidarhaft muß wegen der bestehenden Regreßpflicht der anderen Gesellschafter unberücksichtigt bleiben.

[39]) Darüber, daß den einzelnen Posten des Saldos auch wirkliche Forderungen und Schulden (z. B. wegen unbefugter Entnahmen) entsprechen können, vgl. Puchelt, Komm.[3], S. 190.

[40]) Für die Wertermittlung gelten die in § 7 aufgestellten Grundsätze.

Digitized by Google

liegt auf dem Gebiete des Gebührenrechtes[41]) und wird sich allerdings auf jene Fälle beschränken, in denen für das Maß der Gebührenpflicht nicht die rechnungsmäßige Höhe der durch ein Rechtsgeschäft eingetretenen Vermögensverschiebung, sondern die Beschaffenheit der einzelnen übertragenen Vermögensobjekte von Belang ist, z. B. für die Frage, von welcher Quote der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Realitäten bei der Erbschaft eines Unternehmensanteiles die dem Erben neben der nach dem Betrage des reinen Nachlasses zu bemessenden Erbgebühr obliegende Immobiliargebühr zu bemessen ist.[42]) Das Vorhandensein von Quoten an den Aktiven des Vermögens einer jeden Gesellschaft[43]) ergibt sich als notwendige Konsequenz der Tatsache, daß das Gesellschaftsvermögen keiner juristischen Person gehört und daß es kein solidarisches Eigentum mehrerer an einem Gegenstande gibt; partes concursu fiunt.[44]) Die Schwierigkeit, die sich der Berechnung der Quoten entgegenstellt, wird durch folgenden Umstand veranlaßt: Es gibt, von der Eintragung ins Grundbuch und ähnliche Register abgesehen, keinen dinglichen Akt, der die bestehenden Miteigentumsquoten zum Ausdrucke bringt; zeigt uns daher irgend ein zur Begründung oder Übertragung dinglicher Rechte geeigneter Akt an, daß mehrere Personen Miteigentum erworben haben, so kann auf die Höhe der einzelnen Miteigentumsquoten — soferne hierüber das Gesetz nichts bestimmt oder die Parteien nichts verabreden — zunächst aus den vereinbarten oder durch gesetzliche Dispositivvorschriften angeordneten Bestimmungen über die Verteilung des Liquidationserlöses, des Gewinnes und Verlustes ein Schluß gezogen werden,

---

[41]) Vgl. Joerges, Goldschmidts Z. 51, S. 76; dortselbst wird auch die hier nicht näher zu erörternde Frage nach der strafrechtlichen Bedeutung der Höhe der Eigentumsquoten der Gesellschafter berührt.

[42]) So lange der Verwaltungsgerichtshof das Eigentum der Gesellschaft am Gesellschaftsvermögen als ein vom Eigentume der Gesellschafter verschiedenes ansieht, wird die Frage in der österreichischen Praxis allerdings kaum eine Bedeutung erlangen.

[43]) Aktiengesellschaften und Gesellschaften m. b. H. sind keine Gesellschaften.

[44]) Die neuere Theorie anerkennt diese zwingende Logik und betont ganz richtig, daß die Rechtswirkungen der sogenannten „Gesamthand" sich nicht auf die rechtliche Zuständigkeit, sondern bloß auf die Verfügungsgewalt beziehen. Vgl. schon Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechtes, § 52; Randa, II., S. 19; K. Adler, S. 89; Joerges, Goldschmidts Z., 51., S. 11 ff; Nagler, Sächsisches Arch., 10., S. 723; Lehmann, S. 290; Binder, Goldschmidts Z., 59., S. 58; Sohm, Der Gegenstand, S. 62; daneben fehlt es freilich nicht an Anhängern der Lehre vom sogenannten quotenlosen Gesamteigentum (z. B. Staub in den verschiedenen Ausgaben seiner Kommentare zum HGB.); weitere Literatur bei Oertmann, S. 759.

Digitized by Google

denn diese Momente erschöpfen den wirtschaftlichen Inhalt des Miteigentumes. Wie im Zweifel nach der feststehenden Höhe der dinglichen Quoten sich die Verteilung des Gewinnes, Verlustes und Liquidationserlöses richtet, so ist umgekehrt, wenn die Tatsache des Miteigentumes feststeht, die Höhe der Quoten aus den geltenden Bestimmungen über Verteilung des Erlöses, Gewinnes und Verlustes zu ermitteln. Diese Art der Ermittlung der Höhe der Quoten ist aber dann ausgeschlossen, wenn nach dem Gesetz oder dem Vertrage Gewinn, Verlust und Erlös nicht nach dem gleichen Verhältnisse zu verteilen sind. Solche dispositive Bestimmungen enthält für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes § 1192 ABGB.[45]) und für die offene Handelsgesellschaft Art. 109 HGB. (§ 143 DHGB.).

Für die Verteilung von Liquidationserlös, Gewinn und Verlust sind hier neben der Höhe der dinglichen Quoten noch andere Faktoren maßgebend, neben denen erstere ganz zurücktreten können. Der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen dem Maßstabe der erwähnten Verteilungen und der Höhe der Eigentumsquoten besteht hier nicht. Sind nun die einzigen wirtschaftlichen Wirkungen der Höhe der Eigentumsquoten unter Bedachtnahme auf Momente geregelt, die außerhalb des Miteigentums stehen, so ist von vorneherein klar, daß die Höhe dieser Miteigentumsanteile jeder wirtschaftlichen Bedeutung entbehrt. Da weder das Gesetz, noch (in der Regel) die Parteienvereinbarung einen Anhaltspunkt für die Höhe der Anteile der Gesellschafter an den Gesellschaftsaktiven gewährt, so müssen diese Anteile dort wo sie praktisch werden, gemäß der im § 839 ABGB. (vgl. auch § 742 DBGB.) ausgesprochene Vermutung als gleich angesehen werden.[46])

---

[45]) §§ 1183, 1192 ABGB. enthalten keine Bestimmung über die Höhe der dinglichen Quoten der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen. (Vgl. § 16, N. 26.)

[46]) Die Vergeblichkeit aller Versuche, die gemacht wurden, Eigentumsquoten an den Aktiven einer offenen Handelsgesellschaft zu ermitteln, die im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Stellung der Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen stehen, ergibt sich aus der im Texte angeführten Erwägungen. *α)* Eine Reihe von Schriftstellern folgt der von Laband (Goldschmidts Z., 31, S. 41ff.) begründeten Lehre, daß die Höhe der in Rede stehenden Quoten gleich einem Bruche ist, dessen Zähler das Saldo des einzelnen Gesellschafters, dessen Nenner die Ziffer des Gesamtwertes der Gesellschaftsaktiven ist. Zur Widerlegung dieser Theorie genügt K. Adlers (S. 88) und Staubs (5. Aufl. zu Art. 91) Hinweis, daß der Gesellschafter, dessen Saldo gleich null oder passiv ist, auch Miteigentümer der Gesellschaftsaktiven ist, daß aber ein negativer Bruch keine Miteigentumsquote darstellen kann. Die Unrichtigkeit der von Laband aufgestellten Formel für die beiden erwähnten Fälle gibt auch Randa (II., S. 19) zu, hält aber grundsätzlich an dieser Formel,

Digitized by Google

§ 19.

b) Die Veräußerung von Unternehmensanteilen.

Die Unübertragbarkeit der Unternehmensanteile im Wege der Singularsukzession ergibt sich mit Rücksicht darauf, daß durch den gemeinsamen Betrieb eines Unternehmens eine Gesellschaft entsteht,

---

die doch nur für alle Fälle richtig oder falsch sein muß, fest. *b)* Joerges (Goldschmidts Z., 51, S. 68 ff.), Cosack, § 107, III., Lehmann, S. 290, u. a. m. lehren, daß die Höhe der Quoten dem Anteile am Gewinn entspricht, beachten aber dabei nicht, daß das Verhältnis der Verteilung des Liquidationserlöses genau so eine wirtschaftliche Wirkung der Höhe der Miteigentumsquote darstellt, wie das Verhältnis der Gewinnbeteiligung. Diese Berechnung versagt, wo das Verhältnis der Liquidationserlös- und Gewinnbeteiligung ein verschiedenes ist und wo der auf den einzelnen Gesellschafter entfallende Gewinnanteil durch Sachverständige zu bestimmen ist (vgl. § 1193 ABGB.). *c)* An dem Laband'schen Prinzipe der variablen Quoten und der Zugrundelegung des jeweiligen Aktivsaldo für die Berechnung der Quoten hält K. Adler (S. 92 ff.) fest. Er geht davon aus, daß der Saldo, der sich zu Gunsten eines Gesellschafters mit Rücksicht auf das Vorhandensein der Gesellschaftsaktiven in einem gegebenen Zeitpunkte ergibt, bei Wegfall dieser Aktiven und bei gleichbleibenden Passiven — letzteres setzt Adler offenbar als selbstverständlich voraus und damit erledigt sich der Angriff von Joerges (a. a. O., S. 67) gegen Adlers Formel — sich verringern muß; um den Betrag dieser Verringerung sei also das Vermögen des einzelnen Gesellschafters durch das Vorhandensein der Gesellschaftsaktiven vermehrt. Der Anteil des Gesellschafters an den Gesellschaftsaktiven sei nun durch einen Bruch darzustellen, dessen Zähler die Differenz zwischen dem Saldo ist, das sich beim Vorhandensein der Gesellschaftsaktiven ergibt (S) und dem Betrage des Saldo, der sich bei Wegfall dieser Aktiven ergeben würde (s) und dessen Nenner der Gesamtwert der Gesellschaftsaktiven (A) ist $\left(\frac{S-s}{A}\right)$. K. Adlers beiläufige Bemerkung, daß bei Wegfall der Aktiven aus dem Aktivsaldo ein Passivsaldo wird, ist allerdings nicht richtig; es muß die Verringerung des Saldo nicht soweit gehen, daß aus einem Aktivsaldo ein Passivsaldo wird. Mit der Aufdeckung dieser ganz unwesentlichen Ungenauigkeit glauben Staub[5] (§ 6 zu Art. 91) und Joerges (a. a. O., S. 67) die Unrichtigkeit der von K. Adler aufgestellten Formel nachgewiesen zu haben. Die Formel ist deshalb nicht zu akzeptieren, weil sie einen Schluß der Vermögensvermehrung eines Gesellschafters auf dessen Eigentumsquoten enthält, weil sie den rein obligatorischen, die Höhe des Saldo bestimmenden Momenten einen Einfluß auf die Höhe der dinglichen Eigentumsquoten zuschreibt, weil sie einen in Wirklichkeit nicht immer bestehenden wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen dem für die Saldofeststellung maßgebenden Maßstab der Gewinnverteilung und der Höhe der dinglichen Quoten annimmt, weil sie endlich zur Annahme von variablen, in ihrer Höhe durch außerhalb des dinglichen Rechtsverkehres stehende Tatsachen abhängigen Quoten führt. Diese Annahme verstoßt zwar nicht, wie Knocke (Das Recht der Gesellschaft, S. 93) behauptet, gegen dem Grundsatz, daß Miteigentumsquoten sich nur durch dingliche Rechtsakten

Digitized by Google

daraus, daß die verschiedenen Rechtsordnungen eine Unübertragbarkeit der gesellschaftlichen Anteilsrechte teils ausdrücklich aussprechen (Art. 98 HGB., § 1186 ABGB.), teils als selbstverständlich voraussetzen (so das DHGB. und das DBGB.)[1]) und der Erwerb des Unternehmensanteiles notwendigerweise dazu führt, daß der Erwerber nunmehr Gesellschafter führt. Das Gesellschaftsverhältnis besteht ja bei der Unternehmensgemeinschaft in den rechtlichen Beziehungen, die der gemeinschaftliche Betrieb des Unternehmens mit sich bringt. Sowie nach der in der seerechtlichen Literatur übereinstimmend mitgeteilten Lehre[2]) das Eigentum an der Schiffspart die Grundlage der mitgliedschaftlichen Stellung des Mitrheders in der Rhederei bildet, wie diese Stellung durch Übertragung der Schiffspart übertragen und erworben wird, so folgt auch die Mitgliedschaft an einer Gesellschaft, die im gemeinsamen Betrieb eines Unternehmens besteht, dem Anteile an diesem Unternehmen.[3]) Der in der Regel wirtschaftlich vollkommen

---

ändern können, denn die Änderung in der Höhe der Quoten mehrerer Miteigentümer kann, vom Grundbuche abgesehen, überhaupt nur durch bloße Willenseinigung der Miteigentümer erfolgen (vgl. Diez, Die Lehre vom Miteigentum, S. 32). Es fehlt aber an einem Rechtssatze, der ausspricht, daß den Veränderungen im Saldo die gleiche Wirkung auf die Höhe der Eigentumsquoten zukommt wie einer auf eine Änderung der Quoten gerichteten Willenseinigung: Man müßte bei Unterstellung eines solchen Rechtssatzes auch bei jeder Sachgemeinschaft durch Entstehung obligatorischer Ansprüche aus dem Gemeinschaftsverhältnisse (praestationes personales usw.) eine Änderung der Eigentumsquoten annehmen; die Saldofeststellung ist ja juristisch auch nichts anderes als die Buchung gewisser derartiger Ansprüche. Kohler (Arch. Ziv.-Prax. 91, S. 83) nimmt tatsächlich auf Grund der §§ 755, 756 DBGB. die Möglichkeit von in Thesi feststehenden, aber in ihrer Höhe durch gegenseitige Ansprüche der Genossen (Ersatz für Aufwendungen, Schaden usw.) veränderlichen Quoten an; hiegegen Joerges, Goldschmidts Z., 49, S. 195. Die im Texte mitgeteilte Ansicht, daß im Zweifel die Eigentumsquoten der Gesellschafter an den Gesellschaftsaktiven gleich sind, wird von Nagler (a. a. O., S. 723) vertreten.

[1]) Vgl. Motive V., S. 614 ff.; Oertmann zu § 717; Staub[6], Anm. 28 zu § 127.

[2]) Vgl. auch RG. 14, S. 14.

[3]) Das DBGB. geht von der Annahme aus, daß aus der Unübertragbarkeit der gesellschaftlichen Anteile an sich noch nicht die Unübertragbarkeit der Anteile der Gesellschafter an den einzelnen Gesellschaftsaktiven oder an deren Gesamtheit folge. Es hat ersteres als selbstverständlich vorausgesetzt, letzteres ausdrücklich ausgesprochen. Der Entwurf hat sogar ebenfalls unter der Voraussetzung der Unübertragbarkeit des gesellschaftlichen Anteilsrechtes eine Übertragung des Anteiles an den einzelnen Gesellschaftsaktiven ihrer dinglichen Wirkung nicht beraubt (vgl. Entw. I, § 645). Die Behauptung Sohms (Der Gegenstand, S. 39, N. 2), daß der Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen die Mitgliedschaft in der Gesellschaft bedeutet, ist

Digitized by Google

gerechtfertigte Grundsatz, daß Unternehmensanteile nicht übertragen werden sollen, kann auch in seiner Anwendung auf die Übertragung durch Singularsukzession im einzelnen Falle zu Härten führen. Der Mitunternehmer, der aus persönlichen Gründen nicht in der Lage ist, sich im Betriebe des Unternehmens weiter zu betätigen und zu seinen Gesellschaftern nicht das Vertrauen hat, ihnen den Betrieb allein zu überlassen, kann den Wert seiner Mitberechtigung nur durch das Verlangen auf Auflösung oder — nicht immer, z. B. nicht nach dem HGB. — durch Überlassung seines Anteiles an seine Gesellschafter gegen Abfindung realisieren. Der Mitunternehmer wird auf diesen Wegen nicht immer einen vollen Ersatz für den Wert seines Unternehmensanteiles erhalten[4]), da der Wert des Unternehmens bei der Feststellung seines Abfindungsanspruches immer nur durch eine Schätzung ermittelt werden kann.

Trotzdem wir in den verschiedenen Gesetzgebungen Dispositivbestimmungen finden, die Ausnahmen von dem Grundsätze der Unübertragbarkeit der Gesellschaftsanteile für den Fall der Universalsukzession zulassen, erscheint die Möglichkeit einer solchen Übertragung im Wege der Singularsukzession — abgesehen von den Anteilen an solchen Unternehmungen, bei denen das sachliche Moment über das persönliche der Art überwiegt, daß der Unternehmensanteil bereits von Gesetzes wegen einen Verkehrsgegenstand bildet (Anteil an Bergwerksunternehmen) — nirgends erwähnt. Aus der Natur des Rechtsobjektes ergibt sich kein Hindernis, eine Übertragung von Unternehmensanteilen auch im Wege der Singularsukzession möglich zu machen. Die Unübertragbarkeit hat ihren Grund und ihre Recht-

---

für die Fälle zutreffend, wo die Grundlage der Beziehungen der Gesellschafter zueinander in dem gemeinsamen Eigentume und der gemeinsamen Verwaltung eines Gegenstandes besteht also auch für die durch den gemeinsamen Betrieb eines gemeinschaftlichen Unternehmens begründete Gesellschaft; in diesen Fällen ist die erwähnte Unterscheidung zwischen Übertragung des Gesellschaftsanteiles und Anteiles am Gesellschaftsvermögen nicht möglich.

[4]) Vgl. oben § 7, N. 27. Die Rechtsordnung ist sich der Bedeutung der totalen oder partiellen Auflösung der Gemeinschaft als Mittel der Realisierung des einzelnen Anteilsrechte — gleichgültig, ob es sich um eine wirkliche Gemeinschaft oder um eine juristische Person handelt, ob im Sinne der Kohler'schen Terminologie (Arch. Ziv.-Prax. 91, S. 155 ff.) das Anteilsrecht ein Substanzrecht oder ein Wertrecht darstellt — wohl bewußt gewesen. Wo die Verwertung des Anteilsrechtes durch Übertragung möglich ist, gewährt die Rechtsordnung nicht die Möglichkeit des Austrittes aus der Gemeinschaft gegen Abfindung; diese Möglichkeit fehlt beim schlichten Miteigentume, bei der Rhederei, bei der Aktiengesellschaft, der Kommanditaktiengesellschaft und der Gesellschaft m. b. H. (vgl. hiezu Neukamp, Die Geschäftsanteile einer Gesellschaft m. b. H., Goldschmidts Z., 57, S. 522).

Digitized by Google

fertigung in der Bedeutung der Person des Mitunternehmers für das Gedeihen des Unternehmens. Ist aber nach dem Urteile der Mitunternehmer die Person desjenigen, der einen Unternehmensanteil im Wege der Universalsukzession erworben hat[5]), gleichgültig, so ist dies auch beim Erwerbe im Wege der Singularsukzession der Fall. Trotzdem folgt aus der Zulässigkeit einer Vereinbarung, daß die Gesellschaftsanteile auf die Erben übergehen, noch nicht unbedingt die schrankenlose Zulässigkeit einer Vereinbarung, daß der einzelne Gesellschafter seine Mitgliedschaft auch durch Rechtsgeschäft unter Lebenden übertragen kann. Vorerst springt schon der Unterschied in die Augen, daß der Zeitpunkt der zugelassenen Übertragung von Todes wegen nicht wie der der Übertragung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden vom Willen des einzelnen Gesellschafters abhängig ist. Die Gesetzgebung hat überhaupt von dem durch den Wortlaut des § 531 ABGB. zum Ausdrucke gebrachten Grundsatze, daß Übertragbarkeit und Vererblichkeit, Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit eines Vermögensobjektes sich decken, mehrere Ausnahmen geschaffen, und zwar betreffen einige dieser Ausnahmen Mitgliedschaftsrechte an einer ein Unternehmen betreibenden Korporation, also wenn auch keine Unternehmensanteile, so doch Vermögensrechte, die mit diesen wirtschaftlich eine gewisse Verwandtschaft aufweisen. Das Moment, daß es ein Unternehmen ist, das den Wert und wirtschaftlichen Inhalt des Rechtes, dessen Übertragung in Frage steht, bestimmt, ist bei diesen Bestimmungen von maßgebender Bedeutung.[6]) Bei einer Reihe dieser

[5]) Allerseits wird zugegeben, daß unter den Erben im Art. 123, Z. 2 HGB. sowohl die gesetzlichen Erben wie die (den Gesellschaftern normaler Weise unbekannten) Testamentserben verstanden sind.

[6]) Es handelt sich hier überall um eine Einschränkung des Grundsatzes der freien Übertragbarkeit der Mitgliedschaftsrechte an handelsrechtlichen Korporationen. Die Umwandlung eines von mehreren Personen betriebenen Unternehmens in eine Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. hat vielfach nur den Zweck, den Anteil des einzelnen Mitunternehmens am gemeinsamen Unternehmen in das frei übertragbare Mitgliedschaftsrecht an der zu gründenden Korporation umzugestalten. Das Mitgliedschaftsrecht an den Korporationen der erwähnten Art ist im allgemeinen übertragbar, weil die Person des Mitgliedes gleichgültig ist. Wo im einzelnen Falle dieses Moment nicht zutrifft, ist die Möglichkeit geboten, durch Statut die Übertragbarkeit zu beschränken. Daß die Person des Mitgliedes nicht gleichgültig ist, steht vorneherein fest, wenn die Mitglieder als solche auf Grund ihrer derzeitigen Mitgliedschaft nicht schon auf Grund ihrer Beteiligungszusage der Korporation zu Leistungen verpflichtet sind; in diesem Falle mußdie Übertragbarkeit der Mitgliedschaftsrechte eingeschränkt werden, wenigstens soweit, daß die Korporation stets in der Lage ist, zu erfahren, wer das ihr zu Leistungen verpflichtete Mitglied ist. Von diesem Gesichtspunkte aus ist das in Art. 222 HGB. (§ 179 DHGB.) ausgesprochene Verbot der Ausstellung von Inhaberpapieren über Aktienrechte vor Ein-

Digitized by Google

Rechte hat die Rechtsordnung die Übertragung unter Lebenden ausgeschlossen oder erschwert, dagegen die Vererblichkeit bestehen lassen. In manchen Fällen beruhen die Übertragungsbeschränkungen auf der Erwägung, daß ein Handel mit an sich übertragbare Vermögensobjekten dem allgemeinen volkswirtschaftlichen Interesse widerspricht; aus diesem Grunde erklärt § 200 DHGB. die Übertragung von Anteilsrechten an einer Aktiengesellschaft vor deren Eintragung für unwirksam (vgl. Denkschrift, S. 150), verlangt das GmbHG. (§ 76, Abs. 2, vgl. § 24, Abs. 3 des entsprechenden deutschen Gesetzes), für die Übertragung der Geschäftsanteile durch Rechtsgeschäft unter Lebenden eine bestimmte Form und verbietet die Ausstellung von zur Zirkulation geeigneten Wertpapieren über die Mitgliedschaftsrechte (§ 121). Das Gesetz verbietet unter Umständen die Übertragung der Anteilsrechte, weil es verhindern will, daß der Berechtigte sein persönliches Interesse an dem Unternehmen überhaupt oder in einem bestimmten Zeitpunkte in Wegfall bringt. Das ist der Grundgedanke jener Bestimmungen, die Mitgliedschaftsrechten von Mitgliedern, die gewisse Minderheitsrechte geltend machen, für eine bestimmte Zeit die Übertragbarkeit benehmen. Hieher gehört die in den §§ 266, 269 DHGB. angeordnete Hinterlegung der Aktien der Aktionäre, die den Antrag auf Bestellung von Revisoren gestellt oder gewisse Ersatzansprüche gegen die Gesellschaftsorgane geltend gemacht haben, bis zur Entscheidung über den gestellten Antrag oder den eingeleiteten Rechtsstreit; ähnliche Bestimmungen enthalten die §§ 45, Abs. 2, 48, Abs. 3 GmbHG. Hieher gehört auch die in das neue DHGB. nicht hinübergenommene (vgl. Denkschrift, S. 161) Bestimmung des Art. 190a der Aktiennovelle vom Jahre 1884, nach der die die Klage auf Ungültigkeitserklärung eines Generalversammlungsbeschlusses anstrengenden Aktionäre ihre Aktien während der Dauer des Prozesses zu hinterlegen hatten.[7]) Momente dieser Art treffen bei der Unter-

---

zahlung des Nennbetrages zu erklären; diese Bestimmungen dienen dazu, der grundsätzlich anerkannten Haftung des zeitigen Aktionärs — im Gegensatze zu der des Aktienzeichners — praktische Wirkung zu verschaffen (Staub, Österr. Ausgabe, § 2 zu Art. 220, Staubs Anm. 3 zu § 179). Auf gleichen Gedanken beruht die Vorschrift des § 212 DHGB. und des § 30 AReg., daß bei statutarischer Festsetzung einer dem Aktionär als solchen obliegenden Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen die betreffenden Aktien auf Namen zu lauten haben und deren Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft zu binden ist.

[7]) Vgl. Entwurf eines Gesetzes betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften nebst Begründung (Berlin, Heymanns Verlag, 1883), S. 238. In diesem Zusammenhange ist auch das im Art. 181 HGB. enthaltene Verbot der Übertragung der Kapitalanteile der Komplementäre

Digitized by Google

nehmensgemeinschaft, mag sie jetzt unter den Begriff der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes oder den der offenen Handelsgesellschaft fallen, nicht zu. Der Unternehmensanteil wird auch bei schrankenlos zugelassener Übertragbarkeit nicht zu einem Handelsobjekt werden. Gegen die Möglichkeit, daß sich ein Gesellschafter durch Veräußerung seines Anteiles plötzlich des Interesses am Gedeihen des Unternehmens entschlägt, schützt die dispositiv angeordnete Unübertragbarkeit; glauben die Gesellschafter, daß ihr Genosse, dem sie das Recht der Anteilsübertragung einräumen, dieses Recht nicht mißbrauchen wird, so besteht für die Gesetzgebung keine Veranlassung, durch zwingende Rechtsvorschriften schützend einzugreifen.[8]) Man wird daher eine Vereinbarung der Gesellschafter, daß ein Gesellschafter seinen Anteil an dem gemeinsamen Unternehmen und damit seine Stellung als Gesellschafter an eine beliebige Person übertragen kann, für gültig erachten müssen.[9])

Daraus, daß eine Übertragung des Unternehmensanteiles auch eine Übertragung des Anteilsrechtes an der in der Unternehmensgemeinschaft bestehenden Gesellschaft in sich schließt, daher nur insoweit zulässig ist, als der Gesellschaftsanteil übertragen werden kann, ergeben

---

einer Kommanditgesellschaft auf Aktien zu nennen, obzwar es sich hier nicht um Gesellschaftsanteile handelt (vgl. Staub[5], § 2 zu Art. 181.

[8]) Die Erwägungen, die die Gesetzgebung veranlassen, die Interessen der Mitglieder einer Aktiengesellschaft und ähnlicher Korporationen auch gegen deren Willen durch zwingende Bestimmungen zu schützen, bestehen in der Regel bei der Unternehmensgemeinschaft nicht.

[9]) Vgl. Obertribunal Berlin bei Goldschmidts Z., 15., S. 219 und bei Busch, 23., S. 244; Joerges, Goldschmidts Z., 51., S. 75; ebenso Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 439, N. 1. Dagegen wollen Behrend (§ 67, N. 16, dort auch weitere Mitteilungen aus der Literatur) und Staub[6] (Anm. 29 im Exkurse zu § 122) die Vereinbarung, daß die Sozietätsrechte jedem beliebigen Dritten übertragen werden können, nicht gelten lassen, weil eine solche Vereinbarung dem Wesen der Sozietät widerspreche. Das Wesen der Sozietät, wie sie im Gesetze geregelt ist, kann aber in vielen Punkten durch Parteienvereinbarung geändert werden; es kann z. B. statt des im HGB. ausgesprochenen Grundsatzes der Stimmeneinhelligkeit das Majoritätsprinzip vereinbart werden. Es ist nicht abzusehen, welches öffentliche Interesse dadurch verletzt sein soll, wenn von zwei Mitinhabern eines Geschäftes der eine sich verpflichtet, das Geschäft mit dem weiter zu betreiben, dem sein Genosse seinen Geschäftsanteil veräußert. Was bei der Reederei von Rechts wegen eintritt, wird wohl bei der Gemeinschaft bezüglich eines Handelsgeschäftes vereinbart werden können. Oertmann (S. 779) leugnet unter Berufung auf Sohm (Gegenstand, S. 71) überhaupt die Gültigkeit einer Vereinbarung auf Übertragung der Gesellschaftsrechte; Sohm a. a. O., S. 68, N. 8 lehrt aber gerade, daß die Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft in einer Gesellschaft nicht zwingendes Recht sei.

Digitized by Google

sich bei der Übertragung im Wege der Singularsukzession Schwierigkeiten, die bei der Übertragung durch Universalsukzession wegfallen oder weniger hervortreten.[10]) In diesen Schwierigkeiten dürfte auch die Erklärung liegen, warum die Gesetzgeber die Möglichkeit der Übertragung der Gesellschaftsanteile durch Rechtsgeschäft unter Lebenden gar nicht erwähnt haben. Im Zweifel ist eine Gestattung der Veräußerung des Anteiles am gemeinsamen Unternehmen derart auszulegen, daß der Mitunternehmer seinen Anteil am Unternehmen nur gleichzeitig mit seinem Anteil an den übrigen, kein Zubehör des Unternehmens bildenden gesellschaftlichen Aktiven veräußern kann, damit die Gesellschafter nicht zu einer Liquidation bezüglich dieser Aktiven gezwungen werden[11]) und daß die Veräußerung nur an jemand gestattet ist, der in sämtliche, dem Veräußerer aus dem Gesellschaftsverhältnis obliegenden Verpflichtungen eintritt; der Erwerber des Anteiles muß sich den Vereinbarungen über den Betrieb des Unternehmens, so weit sie für den Veräußerer bindend waren, unterwerfen, er muß sich gefallen lassen, daß ihm vom Liquidationserlöse oder vom Gewinne der den Veräußerer treffenden Anteil an den gemeinsamen Passiven abgezogen wird; er muß sich auf gleiche Weise die Aufrechnung anderer gegen den Veräußerer aus dem Gesellschaftsverhältnisse entsprungener Ansprüche gefallen lassen. Der Eintritt des Erwerbers in diese Verpflichtungen vollzieht sich nicht ipso jure[12]); die übrigen Gesellschafter können aber die Aufnahme des Erwerbers von der Übernahme dieser Verpflichtungen abhängig machen. Eine

---

[10]) Es kommt nicht so sehr auf den Unterschied zwischen Übertragung von Todes wegen und unter Lebenden als auf den Unterschied zwischen Singularsukzession und Universalsukzession an. Deshalb möchte ich auch die oft erörterte Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 123, Z. 2 HGB. auf den Legatar verneinen. Den richtigen Gesichtspunkt deutet Viecenz (a. a. O., S. 117) an, indem er die Anwendbarkeit der Bestimmung des Art. 123, Z. 2 auf den Legatar deshalb in Abrede stellt, weil durch die Sukzession des Legatars eine Auseinandersetzung mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters nicht beseitigt wird.

[11]) Es wird zwischen dem Anteil am gemeinsamen Unternehmen und dem übrigen Gesellschaftsvermögen ein ähnliches Verhältnis geschaffen wie es zwischen Schiffspart und dem Anteil des Mitreeders am übrigen Reedereivermögen besteht. Der Erwerber einer Schiffspart erwirbt nicht nur das Miteigentum am Schiffe, sondern auch den entsprechenden Anteil an den übrigen Aktiven des Reedereivermögens (bestritten ist dies allerdings bezüglich der Forderungen; vgl. Joerges, Goldschmidts Z., 51., S. 189). Näheres bei Cosack, § 113, VIII.

[12]) Bestimmungen wie sie § 504 DHGB. und §§ 746, 755, 756 DBGB. (Verpflichtungen des Erwerbers einer Schiffspart oder eines Anteiles an einer anderen gemeinsamen Sache) enthalten, kennt das österreichische Recht nicht.

Digitized by Google

Übernahme dieser Verpflichtungen muß allerdings schon dann angenommen werden, wenn mit Einverständnis des Erwerbers zu seinen Gunsten und Lasten das Saldo des Veräußerers fortgeführt wird.

Die Übertragung des Anteiles am gemeinschaftlichen Unternehmen ist zu unterscheiden von der Abtretung der seinerzeit fälligen Auseinandersetzungsguthabens; letztere richtet sich nach den Bestimmungen über die Zession von Forderungen, erstere nach den Vorschriften über die Übertragung von Miteigentumsanteilen; sie ist vollendet, wenn der Erwerber die dem Veräußerer zustehenden Verwaltungsrechte ausübt und wenn solche Verwaltungsrechte dem (von der Geschäftsführung ausgeschlossenen) Veräußerer nicht zustehen, wenn die übrigen Mitunternehmer von der Übertragung verständigt sind. Die Feststellung dieses Zeitpunktes gewinnt praktische Bedeutung bei Doppelveräußerungen des Unternehmensanteiles[13]) und dann, wenn nach Abschluß des obligatorischen Veräußerungsvertrages aber vor dessen Realisierung der seinen Anteil veräußernde Gesellschafter in Konkurs fällt. Das Auseinandersetzungsguthaben fällt dann in die Konkursmasse des Veräußerers, denn dieser und nicht der Erwerber war zur Zeit, wo dieses Guthaben existent und fällig geworden ist, Mitglied der Gesellschaft.[14])

Auch für das Gebührenrecht ist die Unterscheidung zwischen Abtretung des Auseinandersetzungsguthabens und Übertragung des Gesellschaftsanteiles von Bedeutung. Bei ersterer ist es für die zu bemessende Gebühr ohne Bedeutung, ob sich im Gesellschaftsvermögen Realitäten befinden oder nicht, denn nicht der Anteil an den einzelnen

---

[13]) Vgl. Obertribunal Berlin bei Goldschmidts Z., 15., S. 219: Ein an der Geschäftsführung nicht beteiligter Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft hatte seinen Anteil am Geschäfte abgetreten, ohne die anderen Gesellschafter hievon zu verständigen und diesen Anteil später einem anderen unter Verständigung der Gesellschafter abgetreten. Die Klage des ersten Zessionars auf Anerkennung der Mitgliedschaft wurde abgewiesen, da es sich nicht um eine Zession von Forderungen, sondern um eine Übertragung von Miteigentumsrechten handle, die erst nach Verständigung der übrigen Miteigentümer eine über die Kontrahenten des Vertrages hinausgehende Wirksamkeit erlange. Unrichtig RG., 18., S. 43: Die (im Gesellschaftsvertrage gestattete) Übertragung des Anteiles an einem gemeinschaftlichen Geschäfte ist für ihre „rechtsgeschäftliche Behandlung als Forderungsübertragung anzusehen."

[14]) Es kann nicht etwa an Stelle der gewollten, aber nicht zur Wirksamkeit gelangten Veräußerung des gesellschaftlichen Anteilsrechtes eine Abtretung des Auseinandersetzungsguthabens angenommen werden, wobei die Frage, ob nicht auch zur Wirksamkeit letzterer gegen Dritte eine Verständigung der übrigen Gesellschafter als Drittschuldner nötig ist, offen gelassen werden mag.

Digitized by Google

Aktiven des Gesellschaftsvermögens, sondern bloß eine Forderung wird abgetreten.[15]) Bei Übertragung des Anteilsrechtes wäre nach richtiger Auffassung[16]) die Immobiliargebühr von den übertragenen Quoten an den gesellschaftlichen Realitäten zu bemessen.

§ 20.

c) Exekution auf Unternehmensanteile.

Bei der Frage nach der Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckung in Unternehmensanteile ist einmal auf den Umstand Bedacht zu nehmen, daß die Exekution auf Unternehmungen in der Exekutionsordnung geregelt ist, daß daher eine Exekution auf Unternehmensanteile höchstens unter den Voraussetzungen und mittels jener Exekutionsmittel zulässig sein könnte, unter denen und mit denen eine Exekution auf Unternehmungen zugelassen ist[1]); weiters ist darauf Bedacht zu nehmen, daß durch die Konkurrenz mehrerer Miteigentümer an einem gemeinschaftlich betriebenen Unternehmen ein Gesellschaftsverhältnis entsteht und daß jede Verfügung über den Anteil am Unternehmen eine Verfügung über den Gesellschaftsanteil enthält.

---

[15]) Vgl. Staub[6], Anm. 28 im Exkurse zu § 122; in den dort als Beleg angeführten beiden Erkenntnissen des RG. (25., S. 256, Gruchot, 28., S. 249) ist übrigens dieser Rechtssatz nicht ausgesprochen. Die Worte „Geschäftsanteil" oder „Gesellschaftsanteil" werden von den Parteien bei Abschluß von Übertragungsgeschäften oft im Sinne von Anteil am Geschäfte und am Gesellschaftsvermögen, oft aber bloß zur Bezeichnung des seinerzeit fälligen Auseinandersetzungsguthabens verwendet (vgl. Budw. F. 441). Die unsichere Terminologie hat auch in die Gesetzgebung Eingang gefunden. (Vgl. § 20, N. 14.)

[16]) Die Auffassung, daß den Gesellschaftern ein quotenloses Miteigentum an den Gesellschaftsaktiven zusteht, sowie die bis in die letzte Zeit noch vom VGH. vertretene Auffassung, daß an dem Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft ein selbständiges Eigentumsrecht letzterer bestehe, muß natürlich für die Gebührenfrage zu einem anderen Ergebnisse führen. Vgl. RG. bei Gruchot, 28., S. 249: Bei Übertragung des Anteiles an einer Kommanditgesellschaft ist auch bei Vorhandensein von Gesellschaftsrealitäten keine Immobiliargebühr zu bemessen, da an den gesellschaftlichen Sachen und Rechten keine Anteile der Gesellschafter bestehen.

[1]) Durch § 333 EO., der die Exekution auf Anteilsrechte allgemein regelt, ist der Kreis der Exekutionsobjekte nicht erweitert worden. Der Exekution unterworfen sind nur die Anteile an jenen Sachen und Rechten, auf die die Exekution auch zulässig ist, wenn sie im Alleineigentume des Verpflichteten stehen. Bloß die Form des Exekutionsvollzuges ist eine andere, wenn das Exekutionsobjekt nicht im Alleineigentum, sondern im Miteigentum des Verpflichteten steht.

Digitized by Google

Eine Exekution auf ein Unternehmen im Wege der Veräußerung ist nach der EO. nicht zulässig, da § 341 EO. die Exekutionsmittel taxativ aufzählt (vgl. oben § 13). Daher ist auch kein exekutiver Verkauf eines Unternehmensanteiles zulässig, auch wenn der Gesellschaftsvertrag die freie Übertragung dieser Anteile an eine beliebige Person vorsehen sollte. In Betracht kommen könnte also höchstens eine Zwangsverwaltung oder Zwangsverpachtung des Unternehmensanteiles, und zwar eine Zwangsverwaltung in der Art, daß der Verwalter alle dem Verpflichteten aus der Unternehmensgemeinschaft zukommenden Rechte ausübt, ähnlich wie bei der in § 131 EO. vorgesehenen Verwaltung eines Anteiles an einer Liegenschaft[2]); der aus dem gemeinschaftlichen Betriebe entstehende, auf Grund der Dispositivbestimmungen des Gesetzes oder des geschlossenen Vertrages verteilbare und auf dem Verpflichteten entfallende Gewinn würde in die Verwaltungsmasse fließen. Die Zulässigkeit einer solchen Zwangsverwaltung, und zwar auch für den Fall, daß durch die Unternehmensgemeinschaft eine offene Handelsgesellschaft entsteht, behaupten Kreis (JBl. 1899, S. 125) ohne nähere Begründung, ferner R. Pollak (Zwangsverwaltung, S. 14 ff.)[3]), mit der Begründung, daß diese Zwangsverwaltung nichts anderes sei, als die in Art. 119 HGB. zugelassene Exekution auf Zinsen und Gewinnanteile eines Gesellschafters und daß es ganz unerheblich sei, daß diese Exekution auf eine Art und Weise durchgeführt werde, die den Gesellschaftern unbequemer sei, als die zur Zeit der Verfassung des HGB. allein vorgesehene Pfändung der Ansprüche auf Zinsen und Gewinn. Richtig ist, daß Art. 119 HGB. einer solchen Exekution nicht entgegensteht.[4]) Denn diese Bestimmung trifft die Verfügung über die einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Aktiven und die Anteile an ihnen, nicht aber eine Verfügung über den Gesellschaftsanteil als solchen.[5]) Der Zulässigkeit dieser Exekution steht vielmehr die Notwendigkeit der persönlichen Ausübung der Gesellschaftsrechte entgegen. Die Gesetze haben aus diesem direkt ausgesprochenen Grundsatze (§ 1186 ABGB., Art. 98 HGB.) die Konsequenz gezogen, daß die rechtliche Unfähigkeit eines Gesellschafters zur persönlichen Ausübung der Gesellschaftsrechte, einen Grund zur Auflösung der Gesellschaft

---

[2]) Vgl. hierüber Tilsch, Einfluß der Prozeßgesetze, S. 192; Schubert-Soldern, S. 43, 183.

[3]) A. M. Schubert-Soldern, S. 428.

[4]) Daher ist der bei Staub, österr. Ausgabe[1], I., S. 355 unternommene Versuch, die von R. Pollak vertretene Ansicht durch den Hinweis auf Art. 119 HGB. zu widerlegen, verfehlt.

[5]) Das DBGB. hat diesen Unterschied sehr deutlich durchgeführt; vgl. § 719 DBGB. und Motive, II., S. 613.

Digitized by Google

bildet. Nach Art. 123, Z. 3 HGB. wird durch den Eintritt der rechtlichen Unfähigkeit eines der Gesellschafter zur selbständigen Vermögensverwaltung die Gesellschaft aufgelöst. Die Motive zum pr. Entw. eines HGB. (II., S. 66) begründeten die Festsetzung dieses Auflösungsgrundes damit, daß nach dem Wesen der Gesellschaft eine Ausübung der Gesellschaftsrechte durch einen Vertreter nicht zuzulassen sei. Nach § 1210 ABGB. kann jedes Mitglied einer Gesellschaft ausgeschlossen werden, „wenn es überhaupt unter Kuratel gesetzt wird“.[6]) Was von dem gesetzlichen Vertreter eines Kuranden gilt, muß um so mehr von dem Zwangsverwalter gelten, und wenn die Ausübung der Gesellschaftsrechte durch freiwillig bestellte Vertreter nicht zugelassen ist, so ist auch eine Ausübung dieser Rechte durch einen Zwangspächter unzulässig. Umgekehrt folgt daraus, daß aus der im Gesetze grundsätzlich anerkannten Notwendigkeit der persönlichen Ausübung der Gesellschaftsrechte ausnahmsweise nicht die Konsequenz gezogen ist, daß der Eintritt einer gesetzlichen Vertretung das Gesellschaftsband löst, nicht die Zulässigkeit einer Zwangsverwaltung.[7]) Daher kann auch der Gesellschaftsanteil ein Kommanditisten nicht in Zwangsverwaltung gezogen werden, trotzdem die Gesellschaftsrechte des Kommanditisten im Falle des Verlustes der Handlungsfähigkeit gemäß Art. 170, Abs. 1 HGB., durch seinen gesetzlichen Vertreter ausgeübt werden. Es liegt hier bloß eine Ausnahme von dem auch für die Kommanditgesellschaft aufgestellten Grundsatze der persönlichen Ausübung der Gesellschaftsrechte vor.

Der Exekution unterworfen sind lediglich die obligatorischen Ansprüche, die dem Mitunternehmer aus der Unternehmensgemeinschaft zustehen, der Anspruch auf Gewinn und Auseinandersetzungsguthaben. Die Übertragbarkeit und Pfändbarkeit dieser Ansprüche, „welche sich

---

[6]) Diese Worte waren im WGGB. (III., § 309) nicht enthalten. Die neue Fassung (vgl. Ofner, II., S. 122) sollte offenbar ausdrücken, daß neben dem Verhalten eines Gesellschafters, das zum Verluste der Handlungsfähigkeit führt, wie bei der besonders erwähnten Prodigalitätserklärung, schon die bloße Tatsache des Verlustes der Handlungsfähigkeit einen Ausschließungsgrund bildet.

[7]) Das DBGB. und das DHGB. haben den Verlust der Fähigkeit zur selbständigen Vermögensverwaltung nicht als einen ipso jure wirkenden Auflösungsgrund anerkannt. Der Antrag auf Erlassung folgender Bestimmung: „Ist der Anspruch eines Gesellschafters auf dasjenige, was ihm bei der Auseinandersetzung zukommt, gepfändet, so kann ein Verwalter zur Ausübung der dem Gesellschafter als solchem zukommenden Rechte bestellt werden“, wurde aber abgelehnt mit der Begründung, daß eine Verwaltung der vorgeschlagenen Art mit dem Wesen der Gesellschaft nicht vereinbar sei, indem sie der anderen Gesellschaft eine fremde Person aufdränge (Prot. II., S. 437).

Digitized by Google

als aus dem Gesellschaftsverhältnisse losgelöste und als davon unabhängige und selbständige Ansprüche ergeben“ [8]), versteht sich auch dort von selbst, wo sie nicht ausdrücklich im Gesetze ausgesprochen ist (§ 56 GenG., Art. 119 HGB., § 717 DBGB.). Es können daher auch derartige Ansprüche, die sich aus einer den Regeln der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes unterstehenden Unternehmensgemeinschaft ergeben, gepfändet werden.[9]) Es handelt sich in diesen Fällen um die Pfändung einer bezüglich ihrer Höhe und ihres Fälligkeitstages unbestimmten künftigen und bedingten Forderung.[10]) Der Gläubiger, der eine Exekution auf diese Forderung bewirkt hat, hat an sich keinen Einfluß auf die Herbeiführung der ihre und Fälligkeit bewirkenden Tatsachen; er kann auch auf die Geschäftsführung keinen Einfluß nehmen und muß die Verabredungen zwischen den Gesellschaftern über eine Schmälerung des Gewinnanteiles seines Schuldners gegen sich gelten lassen.[11]) Ist der Anspruch auf Gewinn und Auseinandersetzungsguthaben existent und fällig geworden, so kann ihn der Gläubiger nur in dem Umfange geltend machen, in dem er zu Gunsten seines Schuldners entstanden ist. Entstehung und Fälligkeit des Auseinandersetzungsguthabens tritt erst bei Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses ein. Die verschiedenen Gesetzgebungen geben nun dem Gläubiger ein Mittel in die Hand, den Eintritt dieser Tatsache unabhängig vom Willen seines Schuldners herbeizuführen. Art. 126 HGB. gewährt dem Gläubiger, der die Exekution auf das seinen Schuldner als Gesellschafter zukommende künftige Auseinandersetzungsguthaben bewirkt hat, das Recht, die Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses ohne Rücksicht auf die vereinbarte Dauer, durch Kündigung herbei-

---

[8]) Vgl. Motive zum DBGB., II., S. 614.

[9]) Vgl. Ohmeyer, Die Exekution auf Anteilsrechte, GZ. 1901, S. 180. Auch der Anspruch auf Gewinn und Auseinandersetzungsguthaben, der einem Mitgliede einer Gesellschaft m. b. H. zusteht, ist unabhängig von den für die Übertragbarkeit und Pfändbarkeit des Geschäftsanteiles (Mitgliedschaftsrechtes) bestehenden Vorschriften übertragbar und pfändbar. (Vgl. Staub-Hachenburg, Komm. zum Gesetz betr. die Gesellschaften m. b. G., Anm. 73 ff. zu § 15). Auch das d. GenG. erwähnt die Pfändbarkeit der künftigen Gewinnansprüche eines Genossenschafters nicht mehr, sondern setzt sie als selbstverständlich voraus.

[10]) Ausführlich Brückmann, Grundbegriffe des Genossenschaftsrechtes, ArchBürgR. 28., S. 263 ff. Diese künftigen Forderungen sind der Übertragung und Pfändung unterworfen, weil das sie erzeugende Grundverhältnis, das Gesellschaftsverhältnis, bereits besteht.

[11]) Aus diesen Gründen wäre eine Zwangsverwaltung des Gesellschaftsanteiles nicht ohne praktische Bedeutung, wie auch bei Beratung des DBGB. hervorgehoben wurde (vgl. oben N. 7).

Digitized by Google

zuführen.[12]) Auf Grund des § 333 EO. muß auch angenommen werden, daß der Gläubiger, der auf das Auseinandersetzungsguthaben eines Gesellschafters einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes Exekution geführt hat, ebenfalls unabhängig vom Willen seines Schuldners die Lösung des Gesellschaftsverhältnisses und damit die Existenz und Fälligkeit der von ihm gepfändeten künftigen Forderung herbeiführen kann. Aus dem Wortlaute des § 333 EO. geht dies freilich nicht deutlich hervor. Es heißt dortselbst: „Hat der Verpflichtete kraft des gepfändeten Rechtes die Ausfolgung einer Vermögensmasse oder die Teilung derselben und die Ausscheidung des ihm gebührenden Anteiles zu beanspruchen, so kann das Exekutionsgericht den betreibenden Gläubiger auf Antrag ermächtigen, dieses Recht des Verpflichteten in dessen Namen geltend zu machen und zu diesem Zwecke nach Maßgabe der Vorschriften des bürgerlichen Rechtes die Teilung oder die Einleitung des Auseinandersetzungsverfahrens zu begehren — —". Das Gesetz setzt voraus, daß der Anspruch, die Auflösung der Gemeinschaft herbeizuführen, zu dessen Geltendmachung der betreibende Gläubiger ermächtigt werden kann, dem Verpflichteten kraft des gepfändeten Rechtes zusteht. Nach unserer Voraussetzung ist aber lediglich der künftige Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben gepfändet; auf Grund dieses Anspruches steht dem Verpflichteten aber nicht der Anspruch auf Herbeiführung der totalen oder partiellen Auflösunng des Gesellschaftsverhältnisses zu; es steht ihm vielmehr dieser Gestaltungsanspruch sowie der obligatorische Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben auf Grund des gesellschaftlichen Anteilsrechtes zu. Das gesellschaftliche Anteilsrecht ist aber nicht pfändbar, denn es ist nicht verwertbar, weder durch Veräußerung noch durch Zwangsverwaltung oder Zwangsverpachtung. Eine Pfändung dieses Rechtes könnte höchstens die Wirkung einer bloßen Verstrickung haben, die Wirkung, daß der Verpflichtete nach vollzogener Pfändung sein Verhältnis zu seinen Mitgesellschaftern nicht mehr durch Verabredung regeln und nicht mehr eigenmächtig lösen könnte. Nach unserer EO. kann durch eine Exekution[13]) eine derartige Rechtslage nicht geschaffen werden. Die Pfändung eines Vermögensobjektes muß zu dessen Realisierung führen können; wo letztere ausgeschlossen erscheint, ist auch keine Pfändung möglich. Auch kann der Verpflichtete nicht gehalten werden, wider seinen Willen einer Gesellschaft anzu-

[12]) Ein ähnliches Recht gewährt § 59 GenG. (§ 66 d. GenG.) dem Gläubiger eines Genossenschafters, der eine Exekution auf dessen Auseinandersetzungsguthaben bewirkt hat.

[13]) Durch eine Exekution im engeren Sinne, im Gegensatze zu der oft lediglich eine Verstrickungswirkung erzeugenden einstweiligen Verfügung.

Digitized by Google

gehören, deren Teilnahme ihm eine persönliche Haftung auferlegt; ebensowenig können die anderen Gesellschafter gehindert werden, die Auflösung der Gesellschaft oder allenfalls die Ausschließung des Gesellschafters, dessen Anteil gepfändet wurde, zu begehren. Es bleibt also nichts übrig, als den § 333 EO. überhaupt nicht auf Gesellschaftsrechte zu beziehen oder gegen seinen Wortlaut anzunehmen, daß er in seiner Anwendung auf Gesellschaftsrechte nur sagen wollte, daß der Gläubiger, der die Ansprüche seines Schuldners aus dem Gesellschaftsverhältnisse, soweit diese überhaupt der Exekution unterworfen sind, in Exekution gezogen hat, die zur Entstehung und Fälligkeit dieser Ansprüche nötige Lösung des Gesellschaftsverhältnisses auch gegen den Willen des Verpflichteten bewirken kann. Letzteres entspricht dem deutlich ausgedrückten Willen des Gesetzgebers, der in § 333 die Rechte, die nach Art. 126 HGB. dem Gläubiger des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft zustehen, verallgemeinern wollte (Mat., I., S. 577). Wir kommen dabei allerdings zu dem merkwürdigen Ergebnisse, daß § 333 EO., soweit er sich auf Erwerbsgesellschaften bezieht, die Realisierung eines Forderungsrechtes, des gepfändeten künftigen Anspruches auf das Auseinandersetzungsguthaben und nicht die Realisierung einer der in die vierte Abteilung des zweiten Abschnittes (§ 330 ff.) gehörenden „anderen Vermögensrechte“ regelt. Maßgebend für die Entstehung des Pfandrechtes am Anspruche auf das Auseinandersetzungsguthaben ist, da es sich nur um die Pfändung einer Forderung handelt, nicht der Zeitpunkt der Zustellung des an den Verpflichteten gerichteten Verbotes, sich jeder Verfügung über das gepfändete Recht zu enthalten (§ 331 EO.), sondern der Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsverbotes an die Drittschuldner (§ 294 EO.), das sind die Mitgesellschafter.[14])

[14]) Eine ähnliche Schwierigkeit wie die Auslegung des § 333 EO. bietet für das deutsche Recht die Auslegung des § 725 DBGB. und des § 859 DZPO. Während die Unübertragbarkeit des gesellschaftlichen Anteilsrechtes als feststehend angenommen und die Unübertragbarkeit des Anteiles am Gesellschaftsvermögen im Gesetze ausdrücklich ausgesprochen wird (§ 719 DBGB.), wird in § 859 DZPO. die bereits in § 725 DBGB. vorausgesetzte Pfändbarkeit des Anteiles eines Gesellschafters am Vermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes ausdrücklich ausgesprochen. Gemeint ist mit dem Anteile am Gesellschaftsvermögen nichts anderes als der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben. Ursprünglich lautete § 725 DBGB. (Entw., II., § 633): „Hat ein Gläubiger eines Gesellschafters die Pfändung und Überweisung des Anspruches auf dasjenige erwirkt, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, so kann er die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen.“ Eine meritale Änderung des Inhaltes sollte durch die Textänderung nicht bewirkt werden; sie wurde veranlaßt durch die Erwägung, „daß es im Interesse der Harmonie des Gesetzes geboten scheine, auch den Anteil des Gesellschafters am Ge-

Digitized by Google

§ 333 EO. findet übrigens auch auf Handelsgesellschaften neben Art. 126 HGB. Anwendung.[15])

Der Unternehmensanteil selbst ist also der Exekution nicht unterworfen, weil dieses Vermögensrecht von Gesetzes wegen der Ausübung nach unübertragbar ist[16]) und nach den Bestimmungen der Exekutionsordnung auch nicht im Wege der Veräußerung realisiert werden kann, wenn eine solche Veräußerung ausnahmsweise zulässig ist.

---

sellschaftsvermögen pfändbar zu erklären — —", „weil auch in den übrigen Fällen der Gemeinschaft zur gesamten Hand später kein Anstand genommen wurde, die Pfändung des Anteiles zuzulassen". (Die Pfändung des Anteiles des Miterben an der Erbengemeinschaft, an die der Antragsteller offenbar gedacht hat, ergibt sich aber aus der in § 2033 DBGB. zugelassenen Übertragbarkeit dieses Anteiles.) Beigefügt wurde, daß auf Grund der beschlossenen Textesänderung den Gläubigern eines Gesellschafters nicht mehr Recht zustehen sollte, als auf Grund der ursprünglichen Fassung (Prot., II., S. 317). Auch in § 859 DZPO., der nur eine — übrigens ganz überflüssige — Ergänzung des § 725 DBGB. enthält, ist unter Anteil am Gesellschaftsvermögen nichts anderes verstanden als der künftige Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, wie aus der Begründung zum Entwurfe der Zivilprozeßnovelle (S. 143) deutlich hervorgeht. Der gleichen Ansicht: Cosack, Lehrb. des deutschen bürgerl. Rechtes, II., S. 395; Seuffert zu § 859 ZPO.; Endemann, Lehrb. des bürgerl. Rechtes, I., S. 114 (als Pfandgegenstand wird proleptisch der Anspruch bezeichnet, der erst durch die Vollstreckung erzeugt wird); Staub[6], Anm. 27 im Exkurse zu § 122; Gaupp-Stein zu § 859 ZPO., II.; im Ergebnis übereinstimmend Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 200, nach dessen Auffassung das Gesetz den Gesellschaftsanteil pfänden läßt, aber dem Gläubiger verbietet, vor Auflösung der Gesellschaft die anderen Rechte des Schuldners außer dem Kündigungsrechte und dem an sich übertragbaren Anspruche auf Gewinnanteil geltend zu machen. Das dem Gläubiger zustehende Kündigungsrecht ist aber nicht Gegenstand seines Pfandrechtes, sondern Wirkung dieses Pfandrechtes, sonst könnte es nicht auch neben dem Gläubiger dem Schuldner zustehen.

[15]) Über das Verhältnis zwischen § 333 EO. und Art. 126 HGB. vgl. Tilsch a. a. O., S. 281; Randa, II., S. 23; § 333 stellt geringere Voraussetzungen auf (keine fruchtlose Exekution ins Privatvermögen) und hat geringere Wirkungen (der Gläubiger ist an die vereinbarte Dauer der Gesellschaft gebunden) als Art. 126.

[16]) Wenn das Mitrecht an einem gemeinschaftlich betriebenen Unternehmen entsteht, so entsteht es als ein unübertragbares Recht. Die Unübertragbarkeit ist die Folge des zwischen den Mitunternehmern durch den gemeinschaftlichen Betrieb des Unternehmens entstehenden Gesellschaftsverhältnisses; sie ist nicht die Folge eines die Unübertragbarkeit eines an sich übertragbaren Vermögensrechtes festsetzenden Vertrages. Die Frage, inwieweit vertragsmäßige Veräußerungsbeschränkungen einer Exekution entgegenstehen, kommt daher hier nicht in Betracht; diese Frage kann allerdings dann praktisch werden, wenn im Gesellschaftsvertrage die Übertragung der an sich übertragbaren und der Pfändung unterliegenden Ansprüche auf

Digitized by Google

Dagegen kann der Unternehmensanteil vom Konkursbeschlage ergriffen werden, nämlich dann, wenn im Falle des Konkurses eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft zwischen den übrigen Gesellschaftern und dem Masseverwalter eine Fortsetzung des Geschäftes vereinbart wird[17]), ebenso, wenn bei einer eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes bildenden Unternehmensgemeinschaft die übrigen Gesellschafter ihr Recht, gemäß § 1210 ABGB. den falliten Gesellschafter auszuschließen, nicht geltend machen und der Masseverwalter mit der Fortführung des Unternehmens im Namen des Kridatars und auf Rechnung der Konkursmasse einverstanden ist.[18]) Der Masseverwalter darf in beiden Fällen seine Zustimmung zur Fortführung des Unternehmens auf Rechnung der Konkursmasse des Gesellschafter bleibenden Kridatars nur unter den Voraussetzungen des § 143, Abs. 2 KO. erteilen. Ist eine solche Vereinbarung getroffen, so fällt in die Konkursmasse des Gesellschafters nicht sein Auseinandersetzungsguthaben[19]), sondern sein Anteil am gemeinsamen Unternehmen. Der Ertrag dieses Unternehmens, soweit er dem Gemeinschuldner selbst zukommt, dient zur Befriedigung seiner Konkursgläubiger. Die Bestimmungen der beiden letzten Absätze des § 56 GewO., nach denen auf Grund der dem Kridatar zustehenden gewerblichen Befugnis das Gewerbe auf Rechnung der Masse gegen Anzeige an die Gewerbebehörde und nötigen Falls gegen Bestellung eines geeigneten Geschäfts-

---

Gewinn und Auseinandersetzungsguthaben ausgeschlossen ist (vgl. Staub[6], Anm. 30 im Exkurse zu § 122). Hier wird die grundsätzliche, aber hier nicht zu erörternde Frage praktisch, ob das zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbarte Verbot der Übertragung einer Forderung deren Unpfändbarkeit bewirkt (vgl. Hasenöhrl, II., S. 183). § 851 DZPO. hat diese Frage im allgemeinen verneint.

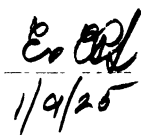
[17]) Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung ist anerkannt; der Auflösungsgrund des Art. 123, Z. 3 HGB. ist nur insoferne zwingender Natur, als nicht vor dessen Eintritt die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem falliten Gesellschafter vereinbart werden kann. (Jäger a. a. O., S. 177; Staub, Anm. 19 zu § 131.)

[18]) Trotz des scheinbar entgegenstehenden Wortlautes des § 1210 ABGB. können die Gesellschafter ein in Konkurs geratenes Mitglied nicht gegen den Willen des Masseverwalters weiter als Gesellschafter behandeln. Dies folgt aus § 22 lit. c KO., ferner daraus, daß gemäß § 1024 ABGB. mit der Konkurseröffnung die vom Kridatar den anderen Gesellschaftern erteilte Vollmacht erlischt.

[19]) § 200 KO. denkt nicht an den im Texte erwähnten Fall, er setzt voraus, daß durch die Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters gemäß der Bestimmung des Gesetzes die produktive Seite der Gesellschaft beendet ist oder daß eine Vereinbarung im Sinne des Art. 127 HGB. getroffen wurde.

Digitized by Google

führers fortgeführt werden kann, finden entsprechende Anwendung auf den in die Konkursmasse einbezogenen Unternehmensanteil. Der Masseverwalter kann also gemäß § 56 GewO. die dem Kridatar zustehende Geschäftsführung auch dann ausüben oder ausüben lassen, wenn gerade der Kridatar derjenige Gesellschafter war, der im Sinne der §§ 14e, 23a die erforderliche Befähigung zum Betriebe des gesellschaftlichen Gewerbes nachgewiesen hat. Der Masseverwalter kann den Unternehmensanteil des Gemeinschuldners ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter nicht veräußern. Bei Erteilung der Zustimmung zu einer Veräußerung des ganzen Unternehmens ist der Masseverwalter an die Bestimmung des § 148 KO. gebunden.



Digitized by Google

Digitized by Google

Buchdruckerei der Manzschen
k. u. k. Hof-Verlags- u. Universitäts-
Buchhandlung in Wien.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google